Die Entstehung und die Übertragung der Mitgliedschaft beim nichtrechtsfähigen Verein.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

LEOPOLD WITTE
Referendar in Düsseldorf.

1 9 3 8

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Müller-Erzbach.
Mitberichterstatter: Professor Dr. Riezler.

Tag der Genehmigung: 9. 5. 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548311_0036

ÜBERSICHT.

A. Was ist Mitgliedschaft? . . . . . 1— 4

1. Das Wesen der Mitgliedschaft . . . . . 1— 3

2. Ist Mitgliedschaft im engeren Sinne an einem nichtrechtsfähigen Verein möglich? . . . . . 3— 4

B. Die Entstehung der Mitgliedschaft beim nichtrechtsfähigen Verein 4—30

I. Die Entstehung der Mitgliedschaft durch die Vereinsgründung 5—13

1. Die Gesamtaktstheorie von Gierke . . . . . 5— 8

2. Die rechtliche Natur der Vereinsgründung . . . . 8—13

II. Die Entstehung der Mitgliedschaft durch Beitritt . . . 13—30

1. Die Möglichkeit des Beitrittes . . . . . 13—15

2. Dingliche Rechtsfolgen des Beitrittes . . . . . 15—16

3. Die Unergiebigkeit der Gesamtaktstheorie . . . . 16—19

4. Die Vertragsnatur des Beitrittes . . . . . 19—21

5. Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärungen . . . 21—22

6. Zuständigkeit für die Aufnahme . . . . . 23—25

7. Besondere Voraussetzungen in der Person des Aufzunehmenden . . . . . 25—28

8. Die Art der Beschlußfassung bei der Aufnahme . . . 28—30

C. Die Übertragung der Mitgliedschaft beim nichtrechtsfähigen Verein . . . . . 30—45

1. Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden . . . . 30—39

a) Die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit der Mitgliedschaft unter dem Gesichtspunkt der Interessenlage . . . . 30—31

b) Die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Mitgliedschaft . . . . . 31—33

c) Die rechtlichen Vorgänge bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Mitgliedschaft . . . . . 33—34

d) Die besondere Bedeutung der §§ 738 bis 740 BGB bei der Übertragung der Mitgliedschaft . . . . . 34—39

2. Übertragung der Mitgliedschaft durch Erbgang . . . . 39—45

a) Praktische Bedeutung und Möglichkeit des Überganges . 39—40

b) Nach der Satzung sollen die Erben schlechthin die Teilhaberschaft erwerben . . . . . 40—42

c) Nach der Satzung können die Erben die Teilhaberschaft erwerben, brauchen es aber nicht . . . . . 42—43

d) Nach der Satzung soll die Teilhaberschaft beim Tode eines Gesellschafters auf einen seiner Erben oder auf einen Dritten übergehen . . . . . 43—44

e) Erwerb der Mitgliedschaft durch letztwillige Verfügung . 44—45

D. Die Anfechtung der Beitrittserklärung . . . . . 45—49

E. Das Verhältnis der Mitgliedschaft zu den überkommenen Rechtsbegriffen . . . . . 50—51

F. Die Mitgliedschaft an dem nichtrechtsfähigen Verein in ihrer rechtlichen Entwicklung . . . . . 51—53

LITERATUR-VERZEICHNIS

1. Lehrbücher und Kommentare.

Dernburg, Heinrich: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Reichs und Preußens, 3. Aufl. des zweiten Bandes, 2. Abteilung, Halle a. S. 1906.

Endemann, Friedrich: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Band, 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Nipperdey-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I und II, Marburg 1930 und Band V von Kipp, Marburg 1930.

Hölder, Eduard: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.

Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1906.

Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht, 2., 3. Aufl., Tübingen 1928.

Oertmann, Paul: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch I, 1: Allgem. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.

Planck-Strohal: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. I, Allgem. Teil, 4. Aufl., Berlin 1913/14.

Regelsberger, Ferdinand: Pandekten, 1. Band, Leipzig 1893.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, 8. Aufl., Leipzig 1934.

v. Staudinger, Riezler, Werner, Kober, Geiler, Herzfelder: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Bd. I 10. Aufl. 1936 München und Berlin, Bd. II und Bd. V 9. Aufl.

v. Tuhr, Andreas: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., Leipzig 1910.

Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Tübingen 1930.

2. Einzelschriften und Abhandlungen.

Binder, Julius, Dr.: Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.

Breitbach, Richard, Dr.: Nicht rechtsfähige Vereine und Körperschaften, Breslau 1930.

Doesseler, Rolf: Nichtrechtsfähiger Verein und Staat, Dissertation Frankfurt 1935.

Feine, Hans Erich, Prof. Dr.: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, III, 3, Leipzig 1929, S. 1 ff.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

— Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

— Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht, 2. Aufl. 1902, Berlin.

Heck, Philipp: Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Festschrift Otto Gierke 1911, S. 319 ff.

Heinsheimer, Karl: Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts, Berlin 1913.

v. Heintze, Traugott: Der nicht rechtsfähige Verein des neuen Rechts. Dissertation Marburg 1902.

Kämpffer, Paul: Die Rechtsstellung des nicht rechtsfähigen Vereins, Dissertation Erlangen 1906.
Kisch, Wilhelm, Prof. Dr.: Juristisches Literaturblatt 1909, S. 202 ff.
Knoke, Paul, Dr.: Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht, in Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20, S. 170 ff.
Krückmann: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, in Jhr. Jahrb., Bd. 74, S. 69 ff.
Kuntze, Joh. Emil: Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Müller, 1892.
Leist, Alexander: Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht mit Beiträgen zum Recht der Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H. und Genossenschaften, Jena 1904.
Müller-Erzbach, Rudolf, Prof. Dr.: Kundgebungen in fremden Interessenbereich, in Jhr. Jahrb., Bd. 83, S. 257 ff.
— Lassen sich Recht und Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? Tübingen 1934.
— Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in RG-Festgabe, Bd. II, S. 161 ff.
— Über den Rücktritt bei „sukzessiven Lieferungsgeschäften" und ähnlichen Verträgen, in DJZ 1904, Sp. 1158 ff.
— Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, 2. Aufl. Bd. I, Allgem. Teil, Berlin 1896.
Mugdan, K.: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I Einführungsgesetz und allgem. Teil, Berlin 1899.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I Allgem. Teil und Schuldrecht, Bd. II Schuldrecht.
Reichsgericht in Warneyers Entscheidungen 1932, II 324.
Ruth, Prof. Dr.: Eintritt und Austritt von Mitgliedern. Eine Studie zum Körperschaftsrecht. In Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 88, S. 454 ff.
— Die Berufung des eingetragenen Genossen auf fehlende Beitrittserklärung oder auf rechtzeitig erklärten Austritt. In JW 1934, S. 2106 ff.
Schultze-von Lasaulx, Herrmann-Arnold, Prof. Dr.: Zur Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins im Handelsrecht. In Festgabe für Alfred Schultze, Weimar 1934, S. 1 ff.
Sohm, Rudolph, Prof.: Der Gegenstand, 1905.
Stoll, Prof. Dr.: Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit. In: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. II, S. 49—81.
Zitelmann, Prof. Dr.: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen. In Jhr. Jahrb., Bd. 73, S. 185 ff.

3. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht.
Gruch. Beitr.: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Dr. J. A. Gruchot.
Jhr. Jahrb.: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW: Juristische Wochenschrift.
LZ: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
RGZ: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Amtliche Sammlung.
Seuff. Arch.: I. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

A. WAS IST MITGLIEDSCHAFT?

1. Das Wesen der Mitgliedschaft.

Was ist Mitgliedschaft? Es gibt wohl kaum eine Erscheinungsform des Rechtslebens, die sich begriffsjuristisch so wenig erfassen läßt wie die Mitgliedschaft. Unter keinen der von der Rechtswissenschaft geschaffenen Begriffe läßt sich das Wesen der Mitgliedschaft bringen und dadurch kennzeichnen. Dagegen dürfte man durch eine Untersuchung der für sie typischen Interessenlage sowie durch Beobachtung des Gesichtspunktes der hier durchgehend gegebenen Herrschaftslage und der gewöhnlichen Herrschaftsgestaltung dem Wesen der Mitgliedschaft näherkommen.

Die rechtliche Natur der Mitgliedschaft ist umstritten. Manche halten sie für ein subjektives Recht[1]), eine subjektive Berechtigung, sehen mithin in ihr eine dem einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Macht. Diese Auffassung wird den tatsächlichen Lebensverhältnissen nicht gerecht. Sie dürfte auch heute wohl als veraltet und überwunden gelten. Die Mitgliedschaft ist kein einseitiges Machtverhältnis. Der den Gründergenossen oder dem Verein Beitretende gibt vielmehr durch seinen Beitritt zu erkennen, daß er sich der Macht einer ihm übergeordneten Gemeinschaft unterwirft. Wir sehen hier ein Lebensgesetz wirksam, wie es überall innerhalb menschlicher Gemeinschaften gilt. Wo es eine menschliche Gesellschaft gibt, sind auch menschliche Vereinigungen, Gemeinschaften, vorhanden. Je differenzierter und entwickelter die menschliche Gesellschaft, desto üppiger Zahl und Art der Vereinigungen. Schon für die Urgemeinschaft, die Bluts- oder Stammesgemeinschaft, gilt, daß es eine absolute Freiheit nicht gibt. Schon hier erfordert das Bestehen der Gemeinschaft stärkste Eingriffe in die individuelle Sphäre des Individuums. So auch bei den Vereinigungen des Privatrechts. Zur Erreichung des Zweckes der Vereinigung unterwirft sich das einzelne Mitglied gewissen Machteinflüssen. Maßstab und Umfang dieser Unterwerfung werden im wesentlichen durch die Satzung geregelt. Die Satzung hat für den Verein die Bedeutung einer Verfassung. Die in ihr enthaltenen Bestimmungen sind bindende Normen für das Vereinsleben. Dieser Bindung können sich die Mitglieder nicht beliebig entziehen, wenn nach dem Inkrafttreten der Satzung auf Grund von Verschiebungen in der Interessenlage eine Änderung der Satzung geboten erscheint. Die zur Satzungsänderung führende körperschaftliche Willensbildung erfolgt im Rahmen der in der Regel maßgebenden Mehrheitsbeschlüsse. Diese bilden das notwendige Regulativ, sei es, daß sie sich direkt der Geschäftsführung des Ver-

1) Planck bis zur 3. Auflage. Binder, S. 112.

eins annehmen, sei es der Gestaltung seiner Verfassung im Wege der Satzungsänderung oder seiner Leitung und Beaufsichtigung durch die Wahl von Organträgern. Diese Herrschaft des Vereins über seine Mitglieder bzw. die dem einzelnen Mitgliede zustehenden Befugnisse kann nur innerhalb der durch die Satzung festgelegten Interessengemeinschaft sich betätigen.

Was ist das treibende Motiv, das den Einzelnen zum Erwerb der Mitgliedschaft veranlaßt? Es ist sein Interesse an der Erreichung eines bestimmten Zieles, die ihm außerhalb einer Vereinigung als Einzelperson unmöglich oder doch wesentlich erschwert wäre. Er verbindet sich infolgedessen mit anderen, die dasselbe Interesse verfolgen, um so vereint besser zum Ziele zu kommen. Dabei ist es gleichgültig, welcher Art dieses Interesse ist, ob wirtschaftlicher oder ideeller. So ist, rechtspolitisch gesehen, das Interesse des Einzelnen die eigentliche Ursache für die Entstehung der Mitgliedschaft. Dies gilt für freiwillige Zusammenschlüsse; bei Zusammenschlüssen, die ihre Entstehung staatlicher Initiative zu verdanken haben, — man denke z. B. an das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15. Juli 1933 — sind Interessen der Allgemeinheit ausschlaggebend. Wesen und Inhalt der Mitgliedschaft ist durch den Vereinszweck bestimmt. Zur Erreichung dieses Zweckes ist mit der Mitgliedschaft eine Inanspruchnahme des einzelnen Mitgliedes nach der Richtung hin verbunden, bestimmte Pflichten zu erfüllen und gegebenenfalls aktive Mitarbeit zu leisten. Solche Pflichten sind vor allem die Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen. Andererseits gewährt die Mitgliedschaft auch wiederum dem Mitgliede Rechte, um ihm die Verfolgung seines Interesses zu ermöglichen und um auf die Erreichung des gemeinschaftlichen Zieles hinwirken zu können.

Die dem Mitgliede zustehenden Rechte möchte ich nach Regelsberger[2]) in „gemeinnützige" und „selbstnützige" Rechte scheiden. Ob es sich um die eine oder andere Art von Rechten handelt, hängt davon ab, ob die Rechte „dem einzelnen Mitglied um der Korporation willen oder zu seinem Privatvorteil zustehen". Die gemeinnützigen Rechte werden in der Regel solche sein, die unmittelbar mit dem Vereinsleben in Zusammenhang stehen, wie etwa das Recht auf Sitz und Stimme in der Mitgliederversammlung, das Recht zur Stellung von Anträgen und andere mehr, wie ein Blick auf die Aufzählung Regelsbergers zeigt. Es sind im Interesse der Körperschaft geschaffene Herrschaftsrechte. Die selbstnützigen Rechte treten in verschiedener Gestalt auf, je nachdem ob es sich um eine Körperschaft mit idealem oder mit wirtschaftlichem Zweck handelt. Bei der ersteren werden sie sich in der Hauptsache auf die Benützung der im Gemeingebrauch stehenden Sachen beschränken, bei der letzteren werden sie vorwiegend vermögensrechtlicher Natur sein. Es muß in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß die Auf-

2) a.a.O. § 84, II, A.

fassung Regelsbergers [3]), die selbstnützigen Rechte entstünden teilweise nach der Aufhebung der Körperschaft, nicht ganz zutreffend ist. Hier handelt es sich um Rechte, die zwar aus der Mitgliedschaft hervorgehen, die aber infolge der Liquidation zu Gläubigerrechten werden.

2. Ist Mitgliedschaft im engeren Sinne an einem nichtrechtsfähigen Verein möglich?

Will man die eigenartige Erscheinungsform der Mitgliedschaft dem Verständnis voll erschließen, so kann man nicht bei einer Betrachtung der zu ihrer Entstehung führenden Ursachen stehen bleiben, sondern muß darüber hinaus die Frage nach ihrer rechtspolitischen Natur stellen. Aus dem Gesetz lassen sich keine Anhaltspunkte gewinnen, gibt es doch keine Definition der Mitgliedschaft, wenn es auch das Wort Mitgliedschaft selber gebraucht. Mitgliedschaft setzt eine über ihr stehende Gesamtheit, eine höhere Einheit voraus, an der sie besteht [4]). Diese übergeordnete Gesamtheit oder höhere Einheit ist eine Körperschaft, sei es des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts, wie etwa Vereine, Aktiengesellschaften, Genossenschaften usw. Mitgliedschaft ist also die Zugehörigkeit zu einer Körperschaft, d. h. einer Einheit, deren kennzeichnende Merkmale darin bestehen, daß mehrere Personen (die Einmanngesellschaft kann außer Betracht bleiben) durch eine körperschaftliche Organe schaffende und deren Zuständigkeit festlegende Organisation zu einem bestimmten Zweck verbunden sind. Vereinigungen, die derartige von der Person der jeweiligen Organträger unabhängige Organe nicht kennen, kann man kaum noch als eine höhere Einheit, als Körperschaft, ansehen. Die Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft wird man daher besser ein mitgliedschaftsähnliches Verhältnis nennen, als daß man sie als Mitgliedschaft bezeichnet. Zwischen der Mitgliedschaft und dem bei einer Gesamthänderschaft bestehenden mitgliedschaftsähnlichen Verhältnis, das Teilhaberschaft genannt sei, bestehen inhaltliche Unterschiede. Der Teilhaber einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft oder einer offenen Handelsgesellschaft kann in ungleich stärkerem Maße gebunden sein als das Mitglied einer Körperschaft. Bei den Gesamthänderschaften sind die gegenseitigen Herrschaftsbeziehungen oft zahlreicher und weisen eine innigere Verflechtung auf als bei den Körperschaften. Das zeigt z. B. nicht allein die Befugnis eines Gesellschafters, über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nur mit allen anderen Gesellschaftern zusammen verfügen zu können, sondern ferner die allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehende Befugnis zur Führung der Geschäfte (§ 709 BGB), die bei der offenen Handelsgesellschaft sogar zu einer

3) a.a.O. § 84, II, A, 2.
4) Vgl. hierzu Ruth in Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 88, S. 460.

Geschäftsführungspflicht gesteigert ist (§ 114 Abs. 1 HGB). Diese Merkmale sind jedoch nicht geeignet, eine allgemeine Feststellung dahin treffen zu können, daß die Bindung der Teilhaber einer Gesamthänderschaft untereinander stärker sei als die von Mitgliedern einer Körperschaft. Auch bei diesen kann eine recht weitgehende Bindung in Betracht kommen. Man denke z. B. daran, daß den Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß § 3 Abs. 2 G.m.b.H.-Gesetz eine Arbeitspflicht auferlegt ist.

Auf den nichtrechtsfähigen Verein finden nach § 54 BGB die Regeln über die Gesellschaft Anwendung. Man sollte also meinen, es könne hier nur von mitgliedschaftsähnlichen Verhältnissen die Rede sein. Es mag schon an dieser Stelle andeutungsweise darauf hingewiesen werden, wie verfehlt der Versuch des Gesetzgebers war, die nichtrechtsfähigen Vereine den für sie garnicht passenden Gesellschaftsregeln zu unterstellen. Die nichtrechtsfähigen Vereine stehen wesensmäßig nicht etwa zwischen der juristischen Person und der Gesamthänderschaft. Sie sind Vereine wie auch die rechtsfähigen Vereine[5]). Sie haben eine körperliche Organisation und eine Satzung. Das Mitglied unterwirft sich der autonomen Verfassung. Die Interessen, die die Mitgliedschaft zur Entstehung bringen, sind dieselben wie auch beim rechtsfähigen Verein, auch sind die Interessen hier wie dort gleichgerichtet. Die Machtgestaltung kann durchaus die gleiche sein. Die der Bildung von rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Vereinen zugrunde liegende Interessenlage ist die gleiche. Darüber hinaus wirken sich die für die Bildung der internen Machtverhältnisse maßgebenden Faktoren in gleicher Weise aus, wie z. B. die Anzahl der Mitglieder. Somit ist auch die innere Organisation, das Verhältnis der Organe zueinander, beim nichtrechtsfähigen Verein durch Ausgestaltung der Gesellschaftsregeln entsprechend der des rechtsfähigen Vereins körperschaftlich aufgezogen. Wir können also ohne Bedenken von einer Mitgliedschaft an dem nichtrechtsfähigen Verein sprechen.

B. DIE ENTSTEHUNG DER MITGLIEDSCHAFT BEIM NICHTRECHTSFÄHIGEN VEREIN.

Die Begründung der Mitgliedschaft ist in verschiedener Weise denkbar. Sie entsteht entweder originär oder derivativ. Originär entsteht die Mitgliedschaft durch den Gründungsvertrag der Körperschaft und durch den Beitrittsvertrag mit einem neuen Mitgliede. Derivativer Erwerb ist gegeben, wenn die Mitgliedschaft übertragen wird, sei es durch Rechtsgeschäft oder durch Erbgang.

5) Gierke, Vereine o. Rechtsfähigkeit, S. 12; Breitbach a.a.O. S. 7; Ennecc. Bd. I, § 109 II und viele andere.

I. Die Entstehung der Mitgliedschaft durch die Vereinsgründung.

1. Die Gesamtaktstheorie von Gierke.

Die rechtliche Beurteilung der sich bei der Gründung einer Körperschaft abspielenden Vorgänge ist Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten gewesen und geschieht auch heute noch nicht in einem einheitlichen Sinne. Dies ist umso eher verständlich als wir eine gesetzliche Regelung für die Entstehung der Mitgliedschaft nicht haben, wie überhaupt das innere Vereinsrecht nur durch wenige und unvollkommene Vorschriften geregelt ist[1]). Bei diesem Streite stehen sich die von Renaud begründete und von Gierke entwickelte Gesamtaktstheorie und die Vertragstheorie gegenüber. In jüngerer Zeit hat die Gesamtaktstheorie mehr und mehr an Boden verloren, sodaß man heute wohl die Vertragstheorie als die herrschende bezeichnen kann[2]).

Im folgenden wird der Begriff Gesamtakt nur zur Bezeichnung der bei der Gründung einer Körperschaft auftretenden Rechtsvorgänge verwandt. Nach Gierkes Ansicht sind die zur Entstehung einer Körperschaft führenden Vorgänge mit der überkommenen Rechtsdogmatik — dem „Individualrecht" — nicht zu erklären. Sie müssen einem besonderen „Sozialrecht" unterstellt werden. Diese Ansicht Gierkes ist zurückzuführen auf seine besondere Auffassung von der Körperschaft. Nach ihm unterliegt die Körperschaft einem bestimmten Zeugungsprozeß und ist entstanden, sobald die als „einseitiger Gesamtakt"[3]) anzusehende Gründungshandlung abgeschlossen ist. „Es ist der sukzessiv ich entfaltende und verkörpernde Wille des werdenden Gemeinwesens, der in diesem Akte sich selber bejaht" erläutert er an der genannten Stelle den Gesamtakt näher. Oder er spricht von einem „embryonalen Lebensstadium"[4]) der Körperschaft. Gierke sieht also die Körperschaft wie ein natürliches Wesen an. Es wohnt ihr ein selbständiges Leben inne und sie besitzt einen eigenen Willen. Ein Einblick in die Kräfte und Gegenkräfte, aus deren Zusammen- und Gegeneinanderwirken die Rechtsbildungen des Gründungsvorganges hervorgegangen sind, läßt sich mittels solcher Bilder und willkürlich aufgestellter Begriffe nicht gewinnen. Ohne die Kenntnis dieser Lebenszusammenhänge ist aber auch ein Verständnis dieser Rechtserscheinungen nicht möglich. Oertmann[5]) will die Vereinsgründung deshalb aus dem Vertragsrecht aussondern und als Gesamtakt besonders charakterisieren, weil nach seiner Ansicht dem Abschluß von Verträgen stets entgegengesetzte Interessen zugrunde liegen, während die Interessen der an einer Vereinsgrün-

1) Vgl. Riezler in W 1931, S. 1024 Anmerkung!
2) So auch Feine in Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, 3, S. 161.
3) Genoss. Theorie, S. 133, 134.
4) Genoss. Theorie, S. 135.
5) a.a.O., Vorbem. 5 zu § 21 in Verbindg. mit Vorbem. 1 vor §§ 145 ff. Außer ihm noch Kuntze, a.a.O., S. 29. Über Kuntzes Ansicht und die hier behandelte Frage vor allem Müller-Erzbach in Handelsrecht 2/3, S. 255.

dung Beteiligten gleich sind und parallel laufen. Man braucht nur die von Müller-Erzbach[6]) vorgebrachten Beispiele anzuführen, um zu erkennen, daß dieser Auffassung die tatsächliche Grundlage fehlt. Der Gesellschaftsvertrag und die unentgeltliche Leihe beweisen, daß es auch außerhalb der Gründungsvorgänge einer Körperschaft Verträge gibt, denen gleichgerichtete Interessen zugrunde liegen.

Gierke hält es entsprechend seiner Auffassung, nach der der Körperschaft ein Eigenleben zukommt, für unmöglich, daß durch einen Vertrag im Rechtssinne ein Rechtssubjekt hervorgebracht werden könne[7]). Die Willenserklärungen der Gründer können nach ihm nicht wie gewöhnliche vertragliche Willenserklärungen beurteilt werden, da „sie kein Rechtsverhältnis, sondern ein Rechtssubjekt erzeugten“[8]). Diese abweichende Behandlung der Willenserklärungen, die ein Rechtssubjekt hervorbringen, ist in keiner Weise gerechtfertigt. Die Wirkungen der Willenserklärungen der Gründer stehen nicht im Gegensatz zu den Wirkungen anderer Willenserklärungen. Gerade die Gründungsvorgänge beim nichtsrechtsfähigen Verein zeigen die Unhaltbarkeit der von Gierke getroffenen Unterscheidung; oft genug entsteht ein Verein zunächst als nichtrechtsfähiger Verein und erwirbt erst später die Rechtsfähigkeit. Das Vertragsrecht kann also nach seiner Ansicht auf die Gründererklärungen keine Anwendung finden. Die Gründung soll vielmehr ein „sozialrechtlicher Konstitutivakt“[9]), der im Individualrecht kein Vorbild habe, sein. Ruth hält die rechtserzeugende Wirkung der Willenserklärungen der Gründer nicht für geeignet, diese Erklärungen einer Sonderbehandlung zu unterwerfen[10]). Trotzdem sollen sie sich dadurch von anderen Willenserklärungen unterscheiden, daß sie im Gegensatz zu diesen eine Verbindung zu einer „höheren Einheit“[11]), zu einem Gesamtwillen, dem Willen der Körperschaft eingehen. Diese Willenserklärungen, die die Bildung eines selbständigen Organismus betreffen, sondert Ruth neben anderen ab und und betitelt sie „körperschaftliche Gesamtwillensakte“[12]). Wir finden in seiner Ansicht von der Vereinigung der Willenserklärungen zu einem körperschaftlichen Gesamtwillen auch dann, wenn die Körperschaft noch garnicht entstanden ist, die Gierkesche Auffassung wieder[13]), die von einem „sukzessiv sich entfaltenden Willen des werdenden Gemeinwesens“ spricht.

Die Anwendbarkeit von Verträgen beschränkt Gierke „auf das Gebiet der von der Rechtsordnung anerkannten Freiheitssphären für

6) Jhr. Jahrb., Bd. 83, S. 285 und Handelsrecht 2/3, S. 255. Ferner Ruth in Ztschr. für Handelsr., Bd. 88, S. 480.
7) Genoss. Theorie, S. 133 Anm. 3.
8) D. Priv. Recht, S. 283 Anm. 2. Ebenso Kuntze a.a.O., S. 45.
9) D. Priv. Recht, S. 486.
10) Ztschr. f. Handelsr., Bd. 88, S. 483, 484.
11) Ztschr. für Handelsr., Bd, 88, S. 482.
12) Ztschr. für Handelsr., Bd. 88, S. 484.
13) Genoss. Theorie, S. 133, 134.

sich stehender Subjekte“ [14]). Offensichtlich hält er Verträge, die die Beschränkung der persönlichen Souveränität eines oder beider Vertragspartner zur Folge haben, mit dem gewöhnlichen Vertragsrecht für unvereinbar. Dagegen spricht aber schon die rechtliche Anerkennung des Arbeitsvertrages als eines echten Vertrages. Ihn rechnet Gierke sicherlich unter das Individual-, das Vertragsrecht. Dort unterwirft sich der zur Arbeitsleistung Verpflichtete in Ansehung seiner Arbeit den Anweisungen des Arbeitgebers (vgl. § 2 AOG!). Wir haben es also mit einer kraft Parteiwillens eintretenden Herrschaftsgestaltung zu tun [15]). Beim Gründungsvertrag werden — abgesehen von den vermögensmäßigen Verpflichtungen — gleichfalls Herrschaftsbeziehungen geschaffen; das Mitglied unterwirft sich den Organen der Körperschaft soweit wie in der Satzung vorgesehen, hat aber andererseits auch wieder Herrschaftsrechte gegenüber der Körperschaft, man denke z. B. an das Stimmrecht. Gründungsvertrag und Dienstvertrag haben also in einer Beziehung den gleichen Erfolg, bei beiden Verträgen handelt es sich um Herrschaftsgestaltung kraft Parteiwillens.

Ganz entbehren kann Gierke den Vertrag bei der Gründung einer Körperschaft doch nicht. Er behauptet, daß bis zur Entstehung der Körperschaft, die er „in der Errichtung einer körperschaftlichen Verfassung“ [16]) als „bewußter Willenstat“ sieht, eine Anzahl von Verträgen die Gründung vorbereite [17]). Diesen Verträgen mißt er eine doppelte Natur bei. Einmal sollen sie von den gewöhnlichen Regeln des Vertragsrechts beherrscht sein, zum andern aber sind sie „Elemente des schöpferischen Aktes, welcher einen sozialen Willensträger ins Dasein ruft“ [18]). Die Vertragsnatur der Gründungsvorgänge braucht Gierke [19]), um sich die eigenartigen mit der Mitgliedschaft verbundenen Herrschaftsbeziehungen zu erklären. So sollen für das Verbandswesen Rechte und Pflichten dadurch begründet werden, daß die entsprechenden Gründungsverträge als Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter anzusehen sind, wobei „Dritter“ die künftige Verbandsperson [20]) ist und Versprechensempfänger anscheinend die Gründergenossen. Gierke führt hier den Vertrag zu Lasten Dritter ein. Er ist unserem Rechtssystem fremd, weil eine rechtliche Verpflichtung im Rahmen des Vertragsrechts immer nur mit Willen oder Einverständnis des Verpflichteten entstehen kann. Diese Schwierigkeit versucht Gierke dadurch aus dem Wege zu räumen, daß er die Verpflichtungen der Körperschaft als Bedingungen ihres Daseins bezeichnet [21]). Er läßt sie also mit diesen Ver-

14) Genoss. Theorie, S. 133, Anm. 3.
15) Müller-Erzbach, „Lassen sich . . .?“, S. 104.
16) D. Priv. Recht, S. 485.
17) Genoss. Theorie, S. 128.
18) Genoss. Theorie, S. 132.
19) Hierauf hat Müller-Erzb. in Jhr. Jahrb. Bd. 83, S. 283 ff. hingewiesen.
20) D. Prav. R., S. 487 und Genoss. Theorie S. 124.
21) D. Priv. R., S. 487 und Gen. Th., S. 125 und dort Anm. 1.

pflichtungen belastet ins Leben treten bzw., wenn diese nicht vorher gültig festgesetzt sind, sie dieselben besonders übernehmen. Hierdurch wird aber noch nicht dargetan, daß das Recht solche Verträge zu Lasten Dritter anerkennt. Wenn man schon wie Gierke die Körperschaft als ein Lebewesen eigener Art ansieht, so muß für sie dasselbe gelten wie für natürliche Personen. Diese können nicht schon vor ihrer Geburt mit allen möglichen Verpflichtungen für den Zeitpunkt, in dem ihre Existenz als Rechtssubjekt beginnt, belastet werden. Ebenso können nicht durch die Satzung Verpflichtungen festgelegt werden, denen die Körperschaft vom Augenblick ihrer Entstehung ab unterworfen ist. Die unnatürliche und in ihren einzelnen Komponenten widerspruchsvolle Aufspaltung des Gründungsaktes in einen vertraglichen, den allgemeinen Regeln unterliegenden Bestandteil und einen solchen, der Teilstück des sozialrechtlichen Konstitutivaktes ist, sucht Gierke dadurch zu rechtfertigen, daß er auf die Unanfechtbarkeit gewisser mitgliedschaftsbegründender Erklärungen hinweist, wie z. B. die Aktienzeichnung[22]). Die Tatsache, daß die Rechtsprechung[23]) den Gründern und Aktienzeichnern jede Anfechtung ihrer Beitrittserklärung versagt, zieht er zur Bestätigung seiner Ansicht heran, daß die zur Begründung einer Körperschaft führenden Willenserklärungen, insoweit als ihnen andererseits auch die Eigenschaft als Element des sozialrechtlichen Konstitutivaktes zukommt, außerhalb des Vertragesrechtes stehen und somit unanfechtbar sind. Diese rechtliche Verselbständigung der Beitrittserklärungen ist aber im wesentlichen nur die Folge der Einwirkungen der Gläubigerinteressen. Näheres darüber weiter unten in dem Abschnitt über die Anfechtung der Beitrittserklärung.

2. Die rechtliche Natur der Vereinsgründung.

Es ist oben bereits festgestellt worden, daß der Anlaß zur Errichtung von Körperschaften regelmäßig das Vorhandensein gemeinsamer Interessen ist. Durch die körperschaftliche Organisation der Interessenträger ist eine leichtere und intensivere Verfolgung der gemeinsamen Interessen möglich. Genau so wie sonst ein Vertrag, dem gleichgerichtete Interessen zugrunde liegen, ist auch die Gründung einer Körperschaft nichts anderes als ein Vertrag. Bei der Einordnung des Gründungsvertrages unter die bestehenden Vertragstypen tritt in besonders anschaulicher Weise zutage, wie wenig die für die Gesellschaft maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte für den nichtrechtsfähigen Verein passen. Nach herrschender Auffassung[24]) ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag. Diese Ansicht folgt nicht ohne weiteres aus den charakteristischen Merkmalen des

22) Genoss. Th., S. 133 Anm. 2; D. Priv. R., S. 487 Anm. 20.
23) RGZ 127, S. 191; 123, S. 102 und die dort angeführten Entscheidung.
24) Ennecc. Bd. II, § 32 II und § 173 III und dort. Anm. 5; Staud. Vorbem. vor § 705 II und § 705 II 2.

gegenseitigen Vertrages. Die besondere Eigenart des Gesellschaftsvertrages, die ihm eine gewisse Sonderstellung neben den üblichen zweiseitigen Verträgen verschafft, hat tiefgehende Überlegungen notwendig gemacht, um zu diesem Ergebnis zu gelangen. Der gewöhnliche gegenseitige Vertrag enthält auf gegenseitigen Austausch von Leistungen gerichtete Leistungsversprechen. Der Gesellschaftsvertrag ist aber nicht auf Austausch, sondern auf die Vereinigung von Leistungen zu einem gemeinsamen Zwecke gerichtet. Geiler[25]) stellt nun — und er wird dabei den Interessen der Vertragsschließenden vollauf gerecht — die gegenseitige Abhängigkeit der mehreren Leistungsversprechen voneinander als allein maßgebenden Gesichtspunkt hin. Dieser Abhängigkeit kommt nach ihm eine Doppelnatur zu, sie ist eine genetische und eine funktionelle Abhängigkeit. Der Gesichtspunkt der gegenseitigen Abhängigkeit der mehreren Leistungsversprechen findet auf die Gesellschaft in vollem Umfange Anwendung. Ein Gesellschafter soll nur dann zur Leistung verpflichtet sein, wenn auch die anderen Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung betroffen werden. Im Sinne dieser Abhängigkeit der Gesellschaftererklärungen lautet auch die Fassung des Gesetzes, heißt es doch in § 705 BGB: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter ‚gegenseitig'." — Eine abweichende Beurteilung ist bei dem nichtrechtsfähigen Verein am Platze. Die Zahl der zu einem Zusammenschluß strebenden Interessenten ist hier durchgehends bedeutend höher als bei der Gesellschaft. Schon unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich die Notwendigkeit zu einer körperschaftlichen Organisation. Die erheblich höhere Zahl der Mitglieder bedingt eine ganz anders geartete Machtlage als bei der Gesellschaft. Allein die Existenz der Körperschaft mit ihren Organen birgt eine gewisse Gewähr für die stetige Verfolgung des Vereinszweckes. Die Beeinflussung des Vereinslebens durch das einzelne Mitglied — von persönlichen Qualifikationen soll abgesehen werden — ist infolge des Dazwischentretens der Vereinsorgane ungleich geringer als die Wirkungen der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Herrschaftseinflüsse auf die Gesellschaft. Unter diesen Umständen kann man von einer Abhängigkeit der Gründererklärungen dergestalt, daß eine nur bei Wirksamkeit aller anderen entstehen soll, nicht mehr sprechen. Die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungsversprechen voneinander existiert bei der Gründung des nichtrechtsfähigen Vereins nicht mehr.

Ganz besonders deutlich wird der Unterschied zwischen den Gründungsvorgängen bei der Gesellschaft und dem nichtrechtsfähigen Verein, wenn man die praktischen Folgerungen aus der gegenseitigen Abhängigkeit der Gesellschaftererklärungen zieht. Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn die Willenserklärung eines Gesellschafters aus irgendeinem Grunde nichtig ist? Geiler[26]) lehnt

25) Staud. § 705, II, 2.
26) Staud. § 705, II, 2, a.

für diesen Fall die Anwendbarkeit des § 139 BGB auf den Gesellschaftsvertrag ab. Infolge der genetischen Abhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter sei für eine Anwendung des § 139 BGB kein Raum. Dabei wird man unter genetischer Abhängigkeit zu verstehen haben, daß eine Entstehung der Gesellschafterverpflichtungen ohne eine derartige gegenseitige Abhängigkeit garnicht möglich ist. Gewiß ist die Gesellschaft eine durch ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis eng verbundene Vereinigung Weniger. Sobald die Willenserklärung eines am Gesellschaftsvertrage beteiligten Gesellschafters aus irgendeinem Grunde nichtig ist, ist das zum Vertragsabschluß treibende Interesse der übrigen Gesellschafter in seinem Bestande in der Regel so erschüttert, daß ein Vertrag nicht zustandegekommen ist. Doch läßt sich damit noch nicht die Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB rechtfertigen. Bei einer Mehrheit von Willenserklärungen wird deren gegenseitige Abhängigkeit gerade durch diese Bestimmung geschaffen. Es ist kein Anlaß gegeben, die Anwendbarkeit § 139 BGB auszuschließen, wenn eine gewisse Abhängigkeit der Willenserklärungen untereinander schon von vornherein besteht[27]). Der Umstand, daß die durch § 139 BGB geschaffene Abhängigkeit bei diesen Willenserklärungen teilweise schon vorhanden ist, spricht im Gegenteil gerade für die Anwendbarkeit jener Vorschrift. Mag man auch bei der Gesellschaft hierüber verschiedener Ansicht sein, bei dem nichtrechtsfähigen Verein kann die Entscheidung nur in einem ganz bestimmten Sinne ausfallen. Hier steht beim Gründungsvertrage die Errichtung der Körperschaft im Vordergrunde. Ist die Erklärung eines Gründergenossen nichtig, so hängt es von der im Einzelfalle gerade vorhandenen Interessenlagerung ab, ob man den Gründungsvertrag trotzdem als zustande gekommen ansieht oder nicht. Die Anwendbarkeit des § 139 BGB unterliegt keiner besonderen Beurteilung, sondern hält sich in ganz allgemeinem Rahmen. Normalerweise wird bei Nichtigkeit der Erklärung eines Gründers der Gründungsvertrag doch zustande gekommen sein.

Wenn einer oder mehrere Gesellschafter ihrer Beitragspflicht noch nicht nachgekommen sind, dann steht demjenigen Gesellschafter, von dem die Beitragszahlung verlangt wird, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß §§ 320, 322 BGB zu[28]). Man wird dieser herrschenden Ansicht gegenüber Bedenken nicht unterdrücken können. Das in den §§ 320, 322 BGB zum Ausdruck gekommene Mißtrauen läßt sich kaum mit dem Vertrauensprinzip der Gesellschaft in Einklang bringen. Dem Mitgliede eines nichtrechtsfähigen Vereins steht diese Einrede nicht zu. Er schuldet die Beiträge dem Verein, der Körperschaft. Der Verein kann von ihm den Beitrag fordern, sobald er nach der Satzung fällig ist. Ob die anderen Mitglieder den Beitrag schon geleistet haben oder nicht, ist dabei gleich-

27) Für die Anwendbarkeit des § 139 BGB auch RGR-Komm. Ziffer 2.
28) Staud. § 705, II ,2, b); Ennecc. Bd. II, § 173, III, 1.

gültig. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts bewegt sich auf derselben Linie. Das Reichsgericht stellt in einer Entscheidung fest[29]), daß die Leistungspflicht des Vereinsmitgliedes nicht davon abhängig ist, daß der Vorstand des Vereins das zur Erreichung des Vereinszweckes Erforderliche vornimmt. Wenn also ein Mitglied der Ansicht ist, daß der Vorstand die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt und dadurch die Vereinsinteressen geschädigt werden, so kann es nicht mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages seine Leistungen verweigern. Es kann sich nur des ihm in der Satzung — der es sich als Vertragsbeteiligter unterworfen hat — gewährten Machteinflusses bedienen, um seine evtl. Rechte durchzusetzen. Das Reichsgericht folgert seine Ansicht aus der Rechtsnatur des die Mitgliedschaft begründenden Vertrages, der beim rechtsfähigen Verein im Gegensatz zur Gesellschaft nur einseitige Verbindlichkeiten des Mitgliedes gegenüber dem Verein enthalte. Beim nichtrechtsfähigen Verein ist eine abweichende Beurteilung nicht am Platze. Denn die rechtlichen Vorgänge bei der Gründung eines rechtsfähigen Vereins sind die gleichen wie bei der Gründung eines nichtrechtsfähigen Vereins, wie weiter unten zu zeigen sein wird.

Abschließend ist festzustellen, daß der zur Gründung eines nichtrechtsfähigen Vereins führende Vertrag kein gegenseitiger Vertrag ist. Er kann demnach nur ein einseitiger Vertrag sein. Ob er ein streng einseitiger oder ein nicht streng einseitiger Vertrag ist, spielt eine untergeordnete Rolle. Die bei nichtrechtsfähigen Vereinen regelmäßig auftretende Herrschaftsgestaltung bringt es mit sich, daß der Verein mitgliedschaftliche Rechte eines Mitgliedes, wie etwa das Stimmrecht, Recht auf Stellung von Anträgen, Recht auf Benutzung des Vereinseigentums usw. zu respektieren hat. Bei Berücksichtigung dieser Verpflichtungen des Vereins wird man dem Gründungsvertrage den Charakter eines nicht streng einseitigen Vertrages zukommen lassen müssen.

Ob es bei der Gründung eines nichtrechtsfähigen Vereins ein sog. „korporatives Vorleben“ [30]) gibt, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Es ist insbesondere bei den oft langwierigen Gründungsvorbereitungen von Syndikaten denkbar, daß sich im Vorstadium der Gründung eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft als Vorläuferin des Vereins bildet. Wenn auch die treibenden Interessen der einzelnen Gesellschafter parallel laufen, und das gleiche Ziel erstreben, nämlich die endgültige Gründung des Vereins, so kann es doch vorkommen, daß während der Gründungsverhandlungen auf Grund irgendwelcher sich ergebender Interessengegensätze ein Gründergenosse abspringt. In einem solchen Falle hat man das Fortbestehen der Gesellschaft bis zur endgültigen Vereinsgründung als vereinbart anzusehen. Im Regelfall werden die Dinge einfacher liegen und derartige vorbereitende Zusammenschlüsse nicht erforder-

29) RGZ Bd. 100, S. 1 ff.
30) Gierke, Genoss. Theorie, S. 135 für den Zeitpunkt der Entstehung.

lich sein. Die der Satzungserrichtung notwendig vorausgehende Abstimmung der Interessen aufeinander ist erst dann vorhanden, wenn unter den Gründergenossen Einigkeit über den Zweck des Vereins, die Mittel seiner Förderung und die in der Satzung festgelegte Ausgestaltung des korporativen Lebens im einzelnen besteht. Der Verein ist entstanden, sobald die Gründer die endgültige Satzung niedergelegt und sich auf sie entweder durch Unterschrift oder mündlich bindend verpflichtet haben [31]).

Für den Zeitpunkt der Entstehung der Mitgliedschaft ist es gleichgültig, ob es sich um einen rechtsfähigen Verein oder einen nichtrechtsfähigen Verein handelt. Sie entsteht in beiden Fällen im Moment der die Gründergenossen verpflichtenden Satzungserrichtung. Auf den Unterschied zwischen der einer Gesellschaft und der einer Körperschaft zugrunde liegenden Interessenlagerung ist oben (S. 10) bereits hingewiesen worden. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird dann entstehen, wenn einmalige Interessen oder darüber hinaus eine Gruppe verwandter aber in ihrem Bestande zeitlich beschränkter Interessen dem gesellschaftlichen Zusammenschluß zugrunde liegen, trägt die Gesellschaft doch den Charakter einer „Gelegenheitsgesellschaft" [32]). Hinzu tritt, daß bei der Gründung der Gesellschaft durchweg nur ein verhältnismäßig kleiner Kreis von Beteiligten in Frage kommt. Kein Unterscheidungsmerkmal gegenüber den zur Gründung eines körperschaftlich organisierten Vereins führenden Interessen ist deren besonders innige Verbundenheit. Diese kann bei gesellschaftlichen Zusammenschlüssen, bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft, ebenso vorhanden wie bei Vereinen. Ebensowenig ist maßgebend, ob die Interessen in kürzerer oder längerer oder unbestimmter Zeitdauer durchgesetzt werden können. So bestehen die Interessen, die der nicht körperschaftlich organisierten offenen Handelsgesellschaft zugrunde liegen, in der Regel während eines unbestimmten Zeitraumes. Dagegen erfolgt die Gründung von Körperschaften dann, wenn es sich um eine große Anzahl von Interessenten handelt. Eine körperschaftliche Organisation ist in solchen Fällen unumgänglich.

Wenn eine Vereinsgründung stattfindet, ohne daß die Gründergenossen zunächst zu der Frage der Rechtsfähigkeit oder Nichtrechtsfähigkeit Stellung nehmen, besteht die Gemeinkeit der Interessen der Gründer des nichtrechtsfähigen Vereins mit denen der Gründer des rechtsfähigen Vereins im wesentlichen in der Aufrichtung der körperschaftlichen Organisation. Nach später erlangter Rechtsfähigkeit ist es dann im praktischen Leben oft schwer feststellbar, unter welche der beiden Verbandsformen man die neu geschaffene Vereinigung stellen wollte [33]). Die Gründer werden nur dann zielbewußt diese oder jene Verbandsform zur Gründung der Körperschaft be-

31) Ebenso Breitbach, a.a.O., S. 29.

32) Diese rechtspolitische Auslegung des Wesens der Gesellschaft gibt Müller-Erzbach in Handelsr. 2/3, S. 195.

33) Müller-Erzbach, „Wohin führt . . .?", S. 41 Anm. 1.

vorzugen, wenn neben dem eigentlichen für die Gründung kausalen Hauptinteresse bestimmte Nebeninteressen herlaufen. So werden die Gründer, wenn es ihnen darauf ankommt, nicht der Haftung aus § 31 BGB zu unterliegen, bewußt die Form des nichtrechtsfähigen Vereins wählen[34]). Die ehemaligen Arbeitergewerkschaften haben deshalb mit voller Absicht die Rechtsform des nichtsrechtsfähigen Vereins beibehalten. Es ist in diesem Zusammenhange nicht verständlich, warum Gierke[35]) bei der Begründung der Mitgliedschaft einen Unterschied zwischen rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem Verein macht. Er sagt wohl, daß die Begründung eines Vereins ohne Rechtsfähigkeit zwar an sich auch ein „konstitutiver Gesamtakt" sei, daß man sie aber gerade hier als Gesellschaftsvertrag auffassen müsse. „Die Mitglieder gelten nicht als Glieder eines ihnen übergeordneten Ganzen, sondern als Gesellschafter." Diese Unterscheidung Gierkes zwischen der Gründung eines rechtsfähigen Vereins und eines nichtrechtsfähigen Vereins wirkt umso unerklärlicher, als er den wirklichen Gegegebenheiten entsprechend den nichtrechtsfähigen Verein nicht als eine Gesellschaft ansieht, sondern seinem wirklichen Wesen nach als Körperschaft[36]). Abgesehen von der oben erwähnten Tatsache, daß es durchaus nicht immer klar zu erkennen ist, für welche der beiden Verbandsformen sich die Gründer entscheiden wollten, werden auch oft Vereine zunächst als nichtrechtsfähige gegründet, um dann später die Rechtsfähigkeit zu erwerben. Da der Verein durch Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht seinen Charakter als berechtigte und verpflichtete Körperschaft und auch nicht seine Identität ändert, wäre also nach der Gierkeschen Ansicht die Gründung schlechterdings unerklärlich[37]). Wenn man schon auf dem Boden der Gesamtaktstheorie steht, muß man auch die Gründung eines nichtrechtsfähigen Vereins als Gesamtakt bezeichnen[38]).

II. Die Entstehung der Mitgliedschaft durch Beitritt.

1. Die Möglichkeit des Beitrittes.

Die Möglichkeit des Beitrittes zu einem nichtrechtsfähigen Verein ist nicht unbedingt selbstverständlich. Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft, das nun einmal für den nichtrechtsfähigen Verein maßgebend ist, kennt grundsätzlich einen Wechsel der Gesellschafter der

34) Die Stimmen, die die herrschende Lehre, nach der der § 31 BGB für nichtrechtsfähige Vereine ausgeschlossen sein soll, bekämpfen, mehren sich neuerdigns beträchtlich. Über die Literatur vgl. Schultze v. Lasaulx a.a.O., S. 12 Anm. 42.

35) Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 13.

36) Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 12.

37) Auf diese Folgen weist Müller-Erzbach hin in „Wohin führt . . .?", S. 41 Anm. 1.

38) So Breitbach a.a.O., S. 26. A. A. v. Heintze a.a.O., S. 27, der aber auch — wie Gierke — die Gründung eines rechtsfähig. Vereins als „konstitutiven Gesamtakt" ansieht.

Zahl oder der Person nach nicht. Beim Ausscheiden eines Gesellschafters tritt als Regelfall die Auflösung der Gesellschaft ein. Ebenso ist die Aufnahme eines neuen Gesellschafters als Auflösung der alten Gesellschaft und Gründung einer neuen anzusehen. Falls jedoch der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung enthält, nach der die Gesellschaft auch beim Eintritt neuer Gesellschafter fortbestehen soll, hat die weitaus herrschende Lehre dies als zulässig anerkannt[39]). Man beruft sich dabei auf die unter der gleichen Voraussetzung in § 736 BGB anerkannte Möglichkeit des Weiterbestehens der Gesellschaft.

Demgegenüber ist die Ansicht vertreten worden, daß entsprechend den Gesellschaftsregeln der Eintritt eines neuen Mitgliedes in den nichtrechtsfähigen Verein als Auflösung des bisherigen unter gleichzeitiger Gründung eines neuen Vereins anzusehen sei[40]). Eine einheitliche und für alle Fälle gleichermaßen zutreffende Beurteilung ist nicht möglich. Für manche Vereine wird diese Annahme durchweg mit den wirklichen Vorgängen nicht zu vereinen sein. Die zur Gründung eines nichtrechtsfähigen Idealvereins führenden Interessen z. B. legen diesen Verband in der Regel auf unbestimmte Zeitdauer an. Mitgliederzuwachs ist erwünscht und man rechnet mit ihm. Die Machtbefugnisse der einzelnen Mitglieder weisen keine oder nur geringe Unterschiede auf, abgesehen von den Herrschaftsrechten einzelner Mitglieder, die Vereinsorganen, wie etwa dem Vorstand, einem Arbeitsausschuß, Beirat usw., angehören. Der Eintritt eines neuen Mitgliedes bedeutet lediglich eine Verstärkung der auf den gemeinsamen Zweck hinarbeitenden Interessen. Die Annahme ist also gerechtfertigt, daß bei Nichtvorhandensein einer entsprechenden Satzungsbestimmung stillschweigend vereinbart worden ist, bei Aufnahme neuer Mitglieder den Verein fortbestehen lassen zu wollen. Dies wird für die große Mehrzahl aller Vereine zu gelten haben. Doch lassen sich auch Fälle denken, bei denen eine abweichende Beurteilung am Platze ist. Man denke z. B. an ein in der Form des nichtrechtsfähigen Vereins organisiertes Kartell, in dem die überwiegende Mehrheit der produzierenden Betriebe einer bestimmten Branche in einem begrenzten Wirtschaftsgebiet zusammengeschlossen ist zwecks gemeinsamer Regelung der Lieferungsbedingungen und Verkaufspreise. Die dem Kartell angeschlossenen Betriebe sollen 50% der deutschen Gesamtproduktion aufbringen. Auf einen in einem anderen Wirtschaftsgebiete gelegenen Betrieb entfallen alleine 40% der Erzeugung an Branchenware. Sobald dieser Betrieb dem Kartell beitritt, entsteht eine neue Situation. Bis dahin lag das Kartell mit dem genannten Betriebe in schärfstem Konkurrenzkampf. Eine einheitliche marktordnende und marktbefriedigende Regelung bestand nur unter den angeschlossenen Mitgliedern. Der Beitritt des

39) Statt aller Breitbach, a.a.O., S. 56.

40) v. Heintze a.a.O., S. 29. A. A. die herrschende Lehre, statt aller Breitbach a.a.O., S. 56 und die dort angeführte Literatur.

neuen Mitgliedes beseitigt mit einem Schlage die Konkurrenzkämpfe und gibt dem nunmehr 90% der Produktion umfassenden Kartell die Möglichkeit, den gesamten Markt für Branchenware innerhalb der gesetzlichen Schranken in einem einheitlichen und planenden Sinne zu regeln. Die 10% immer vorhandener Außenseiter können außer Betracht bleiben. Die Interessen- und vor allem die Machtlage hat sich verändert. Vor dem Beitritt kam es den Mitgliedern darauf an, unter sich die Konkurrenz auszuschalten, um alsdann für den gemeinsamen Konkurrenzkampf mit den nicht angeschlossenen Betrieben leistungsfähiger zu sein. Nach dem Beitritt haben diese Interessen untergeordnete Bedeutung erlangt, jetzt werden die Mitglieder versuchen, durch gemeinsame und allumfassende Regelungen möglichst günstige Verkaufsbedingungen zu erzielen. Die Vereinsinteressen haben eine derart tiefgreifende Veränderung erfahren, daß auch der Vereinszweck sich geändert hat. In einem derartigen Falle kann sich der Beitritt eines neuen Mitgliedes als Auflösung des alten unter gleichzeitiger Gründung eines neuen Vereins darstellen.

2. Dingliche Rechtsfolgen des Beitritts.

In welcher Weise der Neueintretende Mitträger der Rechte und Verbindlichkeiten des Vereins wird, ist eine Frage, die nur bei dem nichtrechtsfähigen Verein auftaucht. Zwischen dem Vermögen des eingetragenen Vereins und dem seiner Mitglieder bestehen keine dinglichen Rechtsbeziehungen. Denn der rechtsfähige Verein ist kraft seiner Eigenschaft als juristischer Person Eigentümer des Vereinsvermögens. Mit dem Ein- und Austritt treten deshalb beim rechtsfähigen Vereine keine Veränderungen der dinglichen Rechtsbeziehungen ein. Dagegen wird durch den Beitritt zu einem nichtrechtsfähigen Verein die Frage aufgeworfen, in welcher Weise der Neueintretende mitberechtigt wird an dem gesamthänderisch gebundenen Vereinsvermögen. In dieser Beziehung besteht zwischen dem nichtrechtsfähigen Verein und der Gesellschaft kein Unterschied.

In dem vorherigen Abschnitt ist bereits festgestellt worden, daß der Eintritt in einen nichtrechtsfähigen Verein möglich ist und daß durch den Beitritt die Identität des Vereins nicht verändert zu werden braucht. Ebenso wie man sich hier auf das Ausscheiden eines Gesellschafters beruft, das gemäß § 736 BGB die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge zu haben braucht, geht die herrschende Lehre bei der Frage der Beteiligung des Neueintretenden an dem Gesamthandsvermögen von dem in § 738 Absatz 1 Satz 1 BGB für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ausgesprochenen Anwachsungsprinzip aus [41]). So wie hier der Anteil des Ausscheiden-

41) So Staud. § 736, I, 3; Oertmann § 736, 3, b; Endemann a.a.O., § 46 Anm. 14; Hölder a.a.O., § 54, 2, c; Dernburg a.a.O., § 362, III; Gierke, Vereine ohne Rfähigkt., S. 28; Ennecc. Bd. II, § 179, II.

den am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern anwächst, erstreckt sich beim Eintritt ein entsprechender Anteil auf den neuen Gesellschafter. Diese von der weitaus herrschenden Lehre vertretene An- und Abwachsungstheorie entspricht dem Wesen der gesamten Hand. Der einzelne Gesellschafter ist nicht nach Quoten beteiligt, sondern das Gesamthandsvermögen steht allen gemeinsam zu dergestalt, daß das Recht jedes einzelnen Gesellschafters an dem Gesamthandsvermögen durch die Mitberechtigung aller übrigen Gesellschafter eingeschränkt wird. Soweit es sich lediglich um die dingliche Berechtigung handelt, ist es für den Bestand der Gesamthand gleichgültig, wer oder wie viele an ihr beteiligt sind. Der Wechsel der einzelnen Gesellschafter hat nur die Folge, daß der Kreis der Berechtigten sich verengert oder erweitert. Eine ungerechtfertigte Einschränkung der Beitrittsmöglichkeiten nimmt Endemann vor[42]). Nach ihm ist der Beitritt möglich, ohne daß es einer Neugründung des Vereins bedarf. Entsprechend § 738 BGB soll ein durch Ausscheiden eines einzelnen Mitgliedes freigewordener Anteil den übrigen Mitgliedern anwachsen. Trotzdem kann nach Endemann ein Eintritt in den Verein nur erfolgen, wenn ein freigewordener Anteil vorhanden ist, der auf den Neueintretenden zu übertragen ist. Eine widerspruchsvolle Auffassung! Angenommen, den Mitgliedern ständen selbständige Anteile nach Quoten zu: Bei Ausscheiden eines Mitgliedes würde dessen Anteil frei und den übrigen Mitgliedern anwachsen. Mit dem Moment der Anwachsung hätte der Anteil seine rechtliche Selbständigkeit verloren und wäre in den Anteilen der übrigen Mitglieder aufgegangen. Wie kann er dann noch auf einen Neueintretenden übertragen werden? Die Auffassung Endemanns ist unhaltbar. Sie hat sich von der Vorstellung einer quotenmäßigen Beteiligung noch nicht freimachen können. Im übrigen würde sie für alle Vereine die Beschränkung der Mitgliederzahl herbeiführen. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre wird nach Hölder[43]) die Identität des Vereins durch den Beitritt nicht berührt. Umso merkwürdiger mutet es an, wenn Hölder bei Eintritten neuer Mitglieder von „neuen Gesellschaftsverträgen" spricht, die den Verein „erweitern" sollen.

3. Die Unergiebigkeit der Gesamtaktstheorie.

Der Beitritt selbst ist im Gesetz nicht geregelt. Seine rechtliche Beurteilung erfolgt nicht einheitlich. Die einen sehen in ihm einen körperschaftlichen Gesamtakt, während andere ihn als Vertrag[44]) auffassen. Die Ansicht derjenigen, die den Beitritt mit dem Begriff des Gesamtakts erklären wollen, ist darzutun und zu ihr Stellung zu nehmen. Nach Riezler[45]) ist der „Eintritt" ein einseitiges Personen-

42) a.a.O., § 46 Anm. 14.
43) a.a.O., § 54, 2, c.
44) So RGR-Komm., § 38, Ziffer 2; Ennecc. Bd. I, § 105 II.
45) Staud., § 58 Anm. Ziff. 3.

rechtsgeschäft des Vereins und sollte richtiger als „Aufnahme" bezeichnet werden, die die Anmeldung oder Beitrittserklärung des Aufzunehmenden voraussetzt. Oertmann sieht in der Aufnahme eines Mitgliedes einen „einseitigen Rechtsakt" des Vereins[46]), zu dessen Wirksamkeit durchgängig der Antrag der Neueintretenden als „gesetzliche Vorbedingung" erforderlich ist. Ruth bezeichnet den Beitritt als „Element eines körperschaftlichen Gesamtwillensaktes"[47]); er gibt jedoch neuestens diese von ihm entwickelte Ansicht wieder auf und bezeichnet in strenger Anlehnung an Gierke die bei Beitritt und Aufnahme in Erscheinung tretenden Rechtsvorgänge als „Bestandteile eines sozialrechtlichen Konstitutivaktes"[48]).

Allen diesen Auffassungen ist gemeinsam, daß man den Beitritt als Ergebnis eines allein von dem Verein ausgehenden und in seine Autonomie fallenden selbständigen Rechtsaktes kennzeichnet. Autonome, selbstherrliche Regelungen kann jedoch ein Verein nur über solche Angelegenheiten treffen, deren Regelung seiner Herrschaftsgewalt untersteht. Diese Herrschaftsgewalt ist naturnotwendig auf das innere Vereinsleben beschränkt. Der Verein kann nicht von sich aus neue Mitgliedschaften begründen, er kann nicht einfach „Annexionen" vornehmen und sich neue Mitglieder inkorporieren. Diejenigen, die die Gesamtaktstheorie für den Beitritt vertreten, sehen sich denn auch gezwungen, eine Mitwirkung des Neueintretenden in irgendeiner Form amzuerkennen. Staudinger[49]) und Oertmann[50]) halten deshalb als Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit des „einseitigen Rechtsaktes" der Aufnahme einen Antrag, Anmeldung oder Beitrittserklärung, des Neuaufzunehmenden für notwendig. Oertmann spricht von einer „gesetzlichen Vorbedingung". Er beurteilt also den Antrag des Neueintretenden für die Rechtsgültigkeit des „Aufnahmeaktes" rechtlich so wie etwa die Geschäftsfähigkeit für die Rechtsgültigkeit von Rechtsgeschäften. Daß Oertmann von „gesetzlicher" Vorbedingung spricht, ist deswegen nicht recht verständlich, als die Vorgänge, die zur Begründung der Mitgliedschaft führen, im Gegensatz zu der vergleichsweise angezogenen Geschäftsfähigkeit nicht im Gesetze geregelt sind. Die Unmöglichkeit, die Aufnahme als „einseitigen Rechtsakt" anzusehen, ergibt sich aus dem Vorbringen Oertmanns selber. „Begrifflich" soll zwar die Aufnahme ein rein einseitiger Rechtsakt sein, der nicht an einen Antrag gebunden ist. Tatsächlich soll aber in allen Fällen, in denen für den Neueintretenden Verpflichtungen entstehen — und das ist bei der ungeheuren Mehrzahl der Beitritte so — eine Mitwirkung desselben in Form des Antrages unbedingt erforderlich sein. Was ist aber damit gewonnen, etwas als „begrifflich" richtig hinzustellen, was doch bei der Untersuchung der tatsächlichen Lebensverhältnisse als

46) a.a.O., § 38, 4 a.
47) Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 88, S. 487.
48) JW 1933, S. 2221.
49) Vgl. Anm. 45.
50) Vgl. Anm. 46.

unhaltbar aufgegeben werden muß. Oertmann versucht dann, seine Auffassung in Ansehung von Ehrenmitgliedern zu retten. Die sogenannten Ehrenmitglieder sind mit Verpflichtungen nicht belastet. Infolgedessen soll hier auch keine Mitwirkung in Form eines Antrages notwendig sein. Da man aber keinen gegen seinen Willen zum Mitglied einer privatrechtlichen Vereinigung machen kann, soll hier eine „Ablehnungsmöglichkeit genügen". Ein solches Recht zur Ablehnung ist rechtlich genau so zu bewerten wie der Antrag eines Neueintretenden, der nicht Ehrenmitglied wird. Es ist bei dem Ehrenmitglied eine Mitwirkung ebenso notwendig, nur daß sie sich hier entweder in dem Gebrauchmachen des Ablehnungsrechtes oder aber in der Annahme des von dem Verein gemachten Antrages äußert. Wir können also feststellen, daß eine Mitwirkung des Neueintretenden in jedem Falle unerläßlich ist. Diese Feststellung führt fast automatisch auf die einzig mögliche rechtliche Deutung des Beitrittes als eines Vertrages. Rechtlich ist zwischen der Aufnahme eines gewöhnlichen Mitgliedes und eines Ehrenmitgliedes nicht der geringste Unterschied, nur die Rollen sind vertauscht. Bei der Aufnahme eines gewöhnlichen Mitgliedes richtet der Eintretende die Offerte an den Verein, die dieser annimmt, wenn der Aufnahmevertrag zustande kommt. Bei der Mitgliedschaftsbegründung eines Ehrenmitgliedes ist es umgekehrt; der Verein macht dem eventuellen zukünftigen Ehrenmitgliede die Offerte zu einem Aufnahmevertrage. Die Initiative geht hier nicht allein deshalb von dem Verein aus, weil er das größere Interesse an der Begründung der neuen Mitgliedschaft hat, sondern vor allem deshalb, weil die Machtlage eine ganz andere ist. Während bei dem Beitritt eines gewöhnlichen Mitgliedes der Verein je nach dessen Persönlichkeit und sozialer Stellung in seiner Entschließung mehr oder weniger beeinflußt wird, ist er in der Regel bei dem Beitritt eines Ehrenmitgliedes hierin vollkommen frei. Das Ehrenmitglied wird darauf durchgehends keinen Einfluß haben, oder es werden doch eigene Persönlichkeitsinteressen den Betreffenden davon abhalten, diesen Einfluß auszuüben.

In derselben Richtung bewegt sich Ruth[51]). Die Willenserklärungen des Beitretenden und der Körperschaft müssen übereinstimmen und sind „Element eines körperschaftlichen Gesamtwillensaktes". Als solche sieht Ruth Willenserklärungen an[52]), die entweder von einer Körperschaft ausgehen oder aber die Bildung, Umgestaltung oder Vernichtung des körperschaftlichen Organismus betreffen. Eine Umgestaltung des körperschaftlichen Organismus ist in zweierlei Form denkbar. Einmal kann die Umgestaltung lediglich interner Natur sein, z. B. Kompetenzverschiebungen von der Mitgliederversammlung auf den Vorstand — Führerprinzip! — oder umgekehrt. Zum anderen kann der körperschaftliche Organismus auch durch

51) Ztschr. für Handelsrecht Bd. 88, S. 487; auf seine neuerdings berichtigte Ansicht — vergl. oben Anm. 48! — soll nicht eingegangen werden, da Ruth diese noch nicht begründet hat.

52) Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 88, S. 484.

Vermehrung der Mitglieder verändert werden. Dabei kann man von einer regelrechten Veränderung einzelner Vereinsorgane nicht sprechen, nur die zur Willensbildung des Vereins führenden verschiedenartigen Interessenströmungen in den einzelnen Organen unterliegen durch den Eintritt eines neuen stimmberechtigten Mitgliedes Veränderungen. Diese zweite Form der körperschaftlichen Umgestaltung ist im Gegensatz zu der ersten, die sich als eine rein interne Angelegenheit des Vereins darstellt, von der Mitwirkung außenstehender Dritter abhängig, es sei denn, man denkt an eine Veränderung des körperschaftlichen Organismus durch Verminderung des Mitgliederbestandes infolge Austrittes oder Ausschlusses. Ja, Ruth begründet sogar ausdrücklich die Notwendigkeit der Mitwirkung der außerhalb der Körperschaft stehenden Personen damit, daß die Mitgliedschaftsbegründung in der Person des Beitretenden einen Eingriff in dessen Individualsphäre bedeutet. Dieser Unterschied zwischen den beiden Formen der Veränderung des körperschaftlichen Organismus ist es nun gerade, der es unverständlich erscheinen läßt, daß Ruth beide Arten innerhalb derselben Ebene behandeln will. Bei den Veränderungen lediglich interner Natur ist das Mitglied auf Grund seiner Mitgliedschaft an den Beschluß der Mitgliederversammlung oder des Vorstandes oder beider zusammen gebunden, mag es auch im einzelnen gegen die Vorlage gestimmt haben. Bei der Begründung der Mitgliedschaft durch Beitritt dagegen steht der Eintretende der Körperschaft als gleichberechtigte Partei — wie bei einem Vertrage — gegenüber, ohne körperschaftlichen Herrschaftseinflüssen, wie sie die Mitgliedschaft mit sich bringt, unterworfen zu sein. Von einer Körperschaft ausgehende Willensakte haben nur innerhalb des körperschaftlichen Machtbereiches rechtsgestaltende Wirkung, außerhalb dieses Bereiches sind sie lediglich Willenserklärungen, die für das Zustandekommen eines Vertrages dieselbe Bedeutung haben wie die Willenserklärung einer natürlichen Person. Deshalb mutet es auch merkwürdig an, wenn Ruth bei dem Beitritt einer Person von einer „Überstimmung" spricht. Stimmabgabe und Willensbildung durch Mehrheitsbeschlüsse kennen wir nur, wo bereits eine Interessengemeinschaft gegeben ist. Beim Erwerb der Mitgliedschaft kann aber ein erheblicher Interessengegensatz vorhanden sein. Eine Aktiengesellschaft z. B. wünscht ihre Aktien möglichst teuer zu verkaufen, ein Dritter, sie möglichst billig zu erwerben. Man kann deshalb zur Erklärung der Entstehung der Mitgliedschaft nicht schon einen körperschaftlichen Vorgang wie Überstimmung heranziehen, der erst nach der Entstehung der Mitgliedschaft und nachdem sich eine Interessengemeinschaft herausgebildet hat, rechtlich zulässig und gerechtfertigt ist.

4. Die Vertragsnatur des Beitritts.

Die meisten Schriftsteller, die den Beitritt zu einem Verein zutreffend als Vertrag bezeichnen, begnügen sich mit dieser Feststel-

lung, ohne auf die Art und das Zustandekommen dieses Vertrages näher einzugehen[53]). Unverständlicherweise macht v. Tuhr[54]) einen Unterschied, ob die Aufnahme durch die Mitgliederversammlung oder durch den Vorstand erfolgt. Im letzteren Falle soll der Beitritt ein Vertrag sein, dagegen jedoch nicht im ersteren. Eine nähere Begründung für diese Unterscheidung gibt v. Tuhr nicht. Kohler[55]) unterstellt den Beitritt weder einem besonderen „Sozialrecht", noch sieht er ihn als Vertrag an. Nach ihm soll der Beitritt lediglich eine „Erklärung der Mitgliedschaft" enthalten und ein den allgemeinen Regeln unterliegendes „einseitiges Rechtsgeschäft"[56]) sein. Darnach würde der Beitritt in dieselbe rechtliche Kategorie fallen wie die Kündigung, Auslobung usw. Der RGR-Kommentar weist darauf hin[57]) daß zur Wirksamkeit des Vertrages, durch den die Aufnahme eines Mitgliedes in den Verein erfolgt, ein Antrag auf Aufnahme seitens des Eintretenden oder seine nachträgliche Zustimmung zu der Aufnahme unerläßlich sei. Der Kommentar will allerdings in gewissen Fällen zur Entstehung der Mitgliedschaft die einseitige Erklärung der Mitgliedschaft genügen lassen. Diese Frage wird noch weiter unten zu behandeln sein. Jedenfalls besteht die erforderliche Mitwirkung des Neueintretenden in einem derartigen Antrage auf Aufnahme oder einer Eintrittserklärung[58]) bzw. der nachträglichen Zustimmung zu der Aufnahme. Diese Mitwirkungshandlungen sind in unmittelbare Verbindung mit dem Aufnahmevertrage zu bringen. Der Antrag auf Aufnahme oder die Eintrittserklärung enthalten die auf Abschluß des Aufnahmevertrages gerichtete Offerte des Neueintretenden an den Verein. Die Zustimmung zu der Aufnahme ist die Annahme einer von dem Verein ausgehenden und an einen Dritten gerichteten Offerte zu einem Aufnahmevertrage. Inwieweit die Verschiedenartigkeit der Interessenlage Ursache dafür ist, daß die Offerte zu dem Aufnahmevertrage bald von dem Neueintretenden, bald von dem Verein ausgeht, ist oben bereits dargelegt worden.

Die Beitrittserklärung des Neueintretenden ist an das zuständige Vereinsorgan zu richten, entweder an die Mitgliederversammlung, den Vorstand oder den Vereinsführer.

Bei der Behandlung des Gründungsvertrages ist festgestellt worden, daß eine Abhängigkeit der von den Gründergenossen ausgehenden Leistungsversprechen untereinander nicht besteht. Bei dem Beitritt braucht man noch nicht einmal auf den Gesichtspunkt der Abhängigkeit zurückzugreifen. Das für einen gegenseitigen Vertrag charakteristische Merkmal des von beiden Vertragspartnern gegenseitig abgegebenen Leistungsversprechens ist bei dem Beitritt keines-

53) So Warneyer, a.a.O. Anm. zu § 38; Ennecc. Bd. I, § 105 II; Planck-Strohal § 38 Anm. 2.
54) a.a.O., S. 543.
55) a.a.O., § 156, III.
56) Vgl. hierzu Ennecc., Bd. I, § 137, I.
57) § 38, Anm. 2.
58) So Planck-Strohal a.a.O.

wegs immer vorhanden[59]). Der Verein verpflichtet sich nicht stets zu einer Leistung. Der Beitrittsvertrag ist also genau so wenig notwendig ein gegenseitiger Vertrag wie der Gründungsvertrag. Er kann ein einseitiger Vertrag sein.

Die hier vertretene Auffassung, nach der der Beitritt als Vertrag angesehen wird, kann auch nicht durch die Möglichkeit erschüttert werden, daß die Mitgliedschaft auf Grund einer entsprechenden Satzungsbestimmung durch einfache Anmeldung, „ohne irgendwelchen Willensakt des Vereins", wie Oertmann[60]) meint, erworben werden kann. Die hier zugrunde gelegte Satzungsbestimmung ist der Niederschlag einer bestimmten Interessenrichtung des Vereins. Dem Verein kommt es nur darauf an, eine möglichst hohe Zahl von Mitgliedern zu gewinnen, die Individualität der Mitglieder ist für die Verfolgung des Vereinszweckes belanglos, es kommt ausschließlich auf die Beiträge an. Man denke etwa an einen Verein, der den Bau eines Denkmales zum Ziele hat. Hier geht die Vertragsofferte vom Verein aus. Die Person des Vertragsgegners ist unbestimmt, wir haben es demnach mit einer sog. Offerte ad incertam personam zu tun. Eine Willensäußerung des Vereins ist wohl gegeben. Nur folgen hier entsprechend dem Wesen der Offerte ad incertam personam die Abgabe der Willenserklärung und die Annahme nicht unmittelbar aufeinander, wie es nach § 147 Abs. 1 BGB für eine Offerte unter Anwesenden erforderlich ist, sondern die Willenserklärung existiert während eines längeren Zeitraums. Sie ist in dieser Zeit nach außen wirksam. Somit läßt sich die hier vertretene Auffassung auch nicht mit der des RGR-Kommentars[61]) vereinigen, wonach in diesen Fällen eine „einseitige Erklärung des Beitritts" gegeben sein soll.

5. Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärungen.

Eine Folge der hier vertretenen Auffassung — des Eintritts in einen Verein als Vertrag — ist, daß beide Willenserklärungen, Offerte und Annahme, als empfangsbedürftig anzusehen sind. Die herrschende Lehre freilich verneint in gewissen Fällen z. B. in dem eben erwähnten des Erwerbes der Mitgliedschaft durch einfache Anmeldung[62]) oder aber überhaupt generell[63]) die Empfangsbedürftigkeit der von dem Verein ausgehenden Willenserklärung bzw. der beiderseitigen Willenserklärungen. Dabei geht man m. E. von einer falschen Deutung der tatsächlichen Lebensverhältnisse aus. Freilich kommt es vor, daß dem Mitglied keine Mitteilung von dem Auf-

59) Vgl. hierzu RGR-Komm., § 38 Anm. 2.
60) a.a.O., Vorbemerk. 5 zu § 21.
61) a.a.O., § 38 Ziffer 2.
62) Oertmann a.a.O., § 38 Ziffer 4.
63) Ruth in Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 88, S. 489 und v. Tuhr a.a.O., S. 543 für die Willenserklärung des Vereins

nahmebeschlusse gemacht wird oder es nach erfolgter Anmeldung bzw. Einschreibung nichts von Seiten des Vereins hört. Irrig wäre es aber, hieraus die Nichtempfangsbedürftigkeit der Willenserklärung des Vereins folgern zu wollen. Vielmehr ist hier gemäß § 151 BGB die Erklärung der Annahme dem Antragenden gegenüber nicht erforderlich, da eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Dabei ist der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck Verkehrssitte durch einen Blick auf die hier gegebene Interessenlage genauer zu erklären. In allen diesen Fällen hat der Verein an der Persönlichkeit des Neueintretenden kein Interesse. Zur Erreichung des Vereinszweckes kommt es lediglich auf eine möglichst hohe Anzahl von Mitgliedern an. Das einzelne Mitglied ist nicht mehr als eine Nummer neben vielen anderen, auf eine besondere Kreditfähigkeit einzelner Mitglieder wird es nicht ankommen. Die Willenserklärung des Vereins selbst erfolgt in den erwähnten Fällen regelmäßig nicht ausdrücklich, sondern durch schlüssige Handlung. Dadurch, daß der Verein dem Neueingetretenen die Ausübung seiner Mitgliedschaft gestattet, nimmt er die von demselben auf Abschluß eines Aufnahmevertrages gerichtete Offerte an.

Schließlich muß noch darauf hingewiesen werden, daß es nicht angängig ist, für die Behauptung, die Aufnahme seitens der Körperschaft sei nicht empfangsbedürftig, Reichsgerichtsentscheidungen ins Feld zu führen, die einen ganz anders gearteten Tatbestand betreffen. So beruft sich Ruth[64]) z. B. auf die Ansicht des Reichsgerichts[65]), daß die Beitrittserklärung an eine Genossenschaft sich an deren Vorstand wende, und zwar „nicht als Vertragsantrag, sondern als Aufforderung zu der ihm vorbehaltenen organschaftlichen Mitwirkung". Die zur Entstehung der Mitgliedschaft durch Beitritt führenden Vorgänge bei der Genossenschaft sind aber unter etwas anderen Gesichtspunkten zu werten als die entsprechenden Vorgänge bei dem rechtsfähigen oder nichtrechtsfähigen Verein des BGB. Bei der Kodifizierung des Genossenschaftsgesetzes hat sich der Gesetzgeber weitgehend der Wahrung der Interessen der Genossenschaftsgläubiger angenommen, wie ich aus mannigfachen Bestimmungen ergibt, z. B. §§ 10 Abs. 1, 131 Abs. 2, 137 Abs. 2, 139 im Falle beschränkter Haftpflicht der Genossen. Im Interesse der Gläubiger macht das Genossenschaftsgesetz in § 15 Abs. 3 die Entstehung der Mitgliedschaft von einer Kundgabe nach außen, nämlich der Eintragung in die öffentliche Liste der Genossen abhängig, da die Gläubiger an der Erhaltung dieser bekundeten Mitgliedschaft, die aus dem gleichen Gesichtspunkt entsprechend erst mit der Austragung endigt (§ 70 Abs. 2, § 76 Abs. 3), ein Interesse haben. Die rechtliche Natur des Beitrittes zu einer Genossenschaft erhält also durch das Eingreifen der Interessen Dritter eine besondere Eigenart. Sie ist deshalb nicht zu einer Verallgemeinerung geeignet.

64) Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 88, S. 489, 490.
65) RGZ Bd. 68, S. 351.

6. *Zuständigkeit für die Aufnahme.*

Wenn die Satzung über die Zuständigkeit für die Aufnahme schweigt, erhebt sich die Frage, ob über die Aufnahme eines neuen Mitgliedes der Vorstand oder die Mitgliederversammlung zu entscheiden hat. Diese Frage ist für den rechtsfähigen und den nichtrechtsfähigen Verein in gleichem Sinne zu entscheiden. Bei beiden handelt es sich um gleich gelagerte rein körperschaftliche Vorgänge. Es besteht Streit darüber, ob die Aufnahme zur Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes gehört [66]) oder ob sie der Entscheidung der Mitgliederversammlung unterliegt [67]). Staudinger will die Aufnahme unter Berufung auf den von Zitelmann angezogenen § 26 BGB dem Geschäftsführungsbereich des Vorstandes zuweisen. Inhalt und Umfang der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes sind beim rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Verein praktisch gleich [68]). Der Inhalt der Geschäftsführungsbefugnis bestimmt sich im einzelnen nach der Satzung bzw. nach den diesbezüglichen Beschlüssen der Mitgliederversammlung. Dem Vorstand steht regelmäßig die Leitung des Vereinslebens zu. Dazu gehört vor allem die Erledigung der laufenden Geschäfte. Diese sind entweder rein interner Natur wie z. B. Einberufung von Mitgliederversammlungen, Rechnungslegung usw. oder sie betreffen den Verkehr des Vereins mit der Außenwelt, wie z. B. Verkehr mit Behörden, Ankauf von Vereinsmobiliar, Büchern für die Vereinsbibliothek, Vorbereitung von öffentlichen Vereinsveranstaltungen usw. Die Satzung kann überall eine abweichende Regelung treffen. Auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Verein bzw. den Mitgliedern einerseits und dem Vorstand andererseits finden für den rechtsfähigen Verein gemäß § 27 Abs. 3 BGB und den nichtrechtsfähigen Verein gemäß § 713 BGB die Auftragsregeln Anwendung. Die hier zu behandelnde Frage betrifft jedoch den Fall, daß eine Regelung der Zuständigkeit für die Aufnahme neuer Mitglieder weder in der Satzung noch in entsprechenden Versammlungsbeschlüssen getroffen ist. Man kann nur dann zu einer befriedigenden Lösung kommen, wenn man die dem Gesamtinhalt der Geschäftsführungsbefugnis normalerweise zugrunde liegende Interessenlage weitgehendst berücksichtigt.

Die herrschende Lehre hält die Kompetenz der Mitgliederversammlung für gegeben und begründet diese Ansicht in mannigfachen Variationen. Einmal soll es sich hier um eine „grundlegende Änderung“ [69]) handeln, oder die Mitgliederaufnahme ist eine „innere Lebensbetätigung des Vereins“ [70]) oder „ein das innere Leben des

66) Riezler in Staud. § 58, II, 1, a; wohl auch Breitbach, a.a.O., S. 57.

67) Herrsch. Lehre. RGR-Komm. § 58 Anm. 1; Ruth, Ztschr. für Handelsret, Bd. 88, S. 493; Oertmann, a.a.O., § 38, 4 a; Hölder, a.a.O., § 58; v. Tuhr, a.a.O., Bd. I, S. 543; Ennecc. Bd. I, § 105 II, Anm. 2 und § 175 II, 4 für die Gesellschaft.

68) Vgl. Breitbach a.a.O., S. 37, der dort auf den konstruktiven Unterschied hinweist.

69) RGR-Komm. Bd. 1, § 58.

70) Oertmann a.a.O., § 38, 4, a.

Vereins berührender Akt“ [71]) oder schließlich „kein Verwaltungsakt“ [72]). Allen diesen Begründungen liegt ein und derselbe Gedanke zugrunde: Die Mitgliederaufnahme ist etwas derart Einschneidendes, daß sie aus dem Rahmen der üblichen vom Vorstand zu besorgenden Geschäfte herausfällt. Die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes hat im allgemeinen nur die durch die unmittelbare Verfolgung des Vereinszweckes gebotenen Rechtshandlungen zum Inhalt. Dazu gehören vor allem diejenigen Tätigkeiten, die dem Vorstand infolge seiner Befugnis zur Leitung des Vereinslebens obliegen. Zum Pflichtenkreis des Vorstandes gehört die Ausführung durch Gesetz oder Vertrag delegierter Interessenwahrnehmung. Hier handelt es sich um die Abgabe einer Willenserklärung, die von der Erwägung bestimmt wird, ob der Aufzunehmende dem Verein genehm ist und ob von seinem Beitritt eine Förderung der Interessen des Vereins zu erwarten ist oder nicht.

Ob und wie weit der Beitritt eines neuen Mitgliedes die Interessen der übrigen Mitglieder berührt, läßt sich nicht ein für allemal entscheiden. Es kommt dabei vor allem auf den Charakter der dem Vereinszweck zugrunde liegenden Interessen an. Sind diese Interessen von der Art, daß der Persönlichkeit und der Individualität des einzelnen Mitgliedes eine mehr oder weniger große Bedeutung zukommt, dann wird das der Entstehung der Mitgliedschaft der übrigen Vereinsmitglieder zugrunde liegende Interesse unmittelbar berührt. Hier muß daher allen Mitgliedern Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Entscheidung über die in Frage stehende Aufnahme gegeben werden. In diesem Falle ist — in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre — die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung gegeben.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man bei Vereinen, denen es vor allem um den Mitgliedsbeitrag zu tun ist oder bei denen sonst die Mitglieder nur als Masse in Erscheinung treten, ohne daß es auf Charakter und Persönlichkeit des Einzelnen ankommt. Der Beitritt ist dann ein weit weniger einschneidendes Ereignis. Die Beitrittserklärung berührt die Interessen nicht, welche die anderen Vereinsmitglieder zum Beitritt bestimmten. Es genügt, wenn der Vorstand über den Eintritt entscheidet. Bei der hier gegebenen Interessenlage fällt die Aufnahme neuer Mitglieder in den Rahmen der durch das laufende Vereinsleben notwendig werdenden und von dem Vorstand vorzunehmenden Tätigkeiten.

Dem Gedanken, daß der Beitritt die Interessen der anderen Mitglieder unmittelbar berühre, wollen wohl vor allem die Schriftsteller Rechnung tragen, die die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung deshalb bejahen, weil es sich hier um „einen Organisationsakt handele, der die Mehrheit der Mitglieder berühre“ [73]) oder

71) v. Tuhr, Bd. I, S. 543; Ruth, Ztschr. für Handelsr., Bd. 88, S. 493.
72) Ennecc. Vgl. Anm. 67.
73) Oertmann, a.a.O., § 38, 4 a bis zur 2. Auflage.

noch weitgehender, weil ein „den Organismus umgestaltender Vorgang“ [74]) gegeben sei. Man kann jedoch nicht soweit gehen, der Aufnahme eines neuen Mitglieds die Veränderung oder Umgestaltung eines Vereinsorgans, der Mitgliederversammlung, als Folge zuzuschreiben. Das dürfte nur in seltenen Ausnahmefällen zutreffen. Normalerweise wird durch den Beitritt nur eine Vermehrung der willensbildenden Faktoren innerhalb der Mitgliederversammlung eintreten. Riezler [75]) geht bei seiner Ablehnung der früheren Oertmannschen Begründung davon aus, daß ein die Mehrheit der Mitglieder berührender Organisationsakt bedeute, daß eine Neuorganisierung, eine Neuschaffung der Vereinsorgane, stattfände. Da aber der Vereinsbestand vom Mitgliederwechsel unabhängig sei, könne auch die Oertmannsche Ansicht nicht zutreffen. Sollte ein „die Mehrheit der Mitglieder berührender Organisationsakt“ wirklich so eng auszulegen sein, so müßte man Riezler beitreten. Sicherlich wollte Oertmann darunter aber auch solche Handlungen einbegriffen sehen, die lediglich ein bereits vorhandenes Organ vergrößern und nicht erst neu schaffen.

7. Besondere Voraussetzungen in der Person des Aufzunehmenden.

Oft wird es so sein, daß die Aufnahme neuer Mitglieder nur unter bestimmten Bedingungen erfolgen soll; so z. B., wenn die Aufnahme nur bei gewissen positiven oder negativen bei dem Eintretenden gegebenen Voraussetzungen gestattet ist. Die Mitgliederversammlung kann sich als höchste Stelle des inneren Vereinslebens über derartige Voraussetzungen hinwegsetzen und trotzdem einen die Aufnahme bejahenden Beschluß fassen. Sie ist allerdings an die Satzung gebunden. Sind in ihr die Aufnahmevoraussetzung niedergelegt, dann bedarf es eines vorhergehenden satzungsändernden Beschlusses. Ein formeller Beschluß ist nicht unbedingt erforderlich. Die Satzungsänderung kann auch durch eine von der Mitgliederversammlung ausgeübte ständige gleichmäßige Praxis erfolgen. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, daß man die ursprünglich in der Person des Beitretenden für notwendig erachteten Aufnahmevoraussetzungen fallen gelassen hat. Ein einmaliges Übergehen der satzungsmäßigen Aufnahmevoraussetzungen enthält noch keine Satzungsänderung.

Schwierigkeiten bietet diese Frage aber dann, wenn die Mitgliederaufnahme durch die Satzung dem Vorstand übertragen ist, und dieser sich über die durch die Satzung gebotenen Voraussetzungen hinwegsetzt.

Der Vorstand des rechtsfähigen Vereins hat nach § 26 BGB die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse und der Vertretungsmacht des Vorstandes liegt

74) Ruth in Ztschr. für Handelsr., Bd. 88, S. 493.
75) In Staud. § 58 II, 1 a.

damit kraft Gesetzes fest. Er reicht soweit wie die Rechtsfähigkeit des Vereins, die grundsätzlich unbeschränkt ist. Den Mitgliedern bleibt lediglich die Möglichkeit offen, die Geschäftsführungsbefugnisse und die Vertretungsmacht des Vorstandes zu beschränken. Dritten gegenüber wirken die Bestimmungen der Satzung nicht [76]), diese können sich nicht etwa auf die Unwirksamkeit eines Beschlusses berufen, der gegen die Satzung verstößt. Die Satzung hat also keine „Außenwirkung". Nur in einem einzigen Falle wirken die Bestimmungen der Satzung nach außen, in dem des § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB. Wenn die Satzung die Vertretungsmacht des Vorstandes in bestimmter Weise beschränkt, so tritt durch weitergehende Handlungen des Vorstandes keine Rechtswirkung für oder gegen den Verein ein. Nur dann, wenn auf Grund einer ausdrücklichen Satzungsvorschrift der Vorstand zur Aufnahme solcher Mitglieder, die bestimmte Voraussetzungen aufweisen, berechtigt ist, besteht für den Verein die Möglichkeit, sich vor unerwünschtem Zuwachs zu schützen. Hat der Vorstand entgegen dieser Beschränkung seiner Vertretungsmacht einen Aufnahmevertrag geschlossen, dann hat er als Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt und der Aufnahmevertrag ist schwebend unwirksam.

Für den Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse und der Vertretungsmacht des Vorstandes eines nichtrechtsfähigen Vereins gibt es keine gesetzliche Regelung. Hierfür ist die Satzung maßgeblich. Auf die Tätigkeit des Vorstandes finden die allgemeinen Regeln des BGB über Vertretung und Vollmacht Anwendung. Soweit die Satzung dem Vorstand Vollmacht erteilt und seine Vertretungsmacht regelt, hat sie unbeschränkte „Außenwirkung". Ist der Vorstand nur zur Aufnahme neuer Mitglieder, bei denen bestimmte Aufnahmevoraussetzungen gegeben sein müssen, befugt und nimmt er trotzdem auch andere auf, so ist die Rechtslage dieselbe wie beim rechtsfähigen Verein. Er handelt als Vertreter ohne Vertretungsmacht und der Aufnahmevertrag ist schwebend unwirksam.

Wie aber, wenn die Satzung das Erfordernis der bestimmten Aufnahmevoraussetzungen nicht zugleich durch eine entsprechende Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht des Vorstandes in der Satzung festlegt, sondern irgendwie sonst vorschreibt? Da bei dem rechtsfähigen Verein nur satzungsmäßige Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht des Vorstandes eine Außenwirkung haben, hat hier auf alle Fälle der Neueintretende die Mitgliedschaft bei dem Verein erworben, auch wenn die Aufnahmevoraussetzungen in seiner Person nicht vorlagen.

Bei dem nichtrechtsfähigen Verein sind verschiedene Ansichten denkbar. Obwohl die Geschäftsführungsbefugnisse und die Vertretungsmacht des Vorstandes nicht dahingehend eingeschränkt worden ist, daß nur die Mitglieder, bei denen die Aufnahmevoraussetzungen gegeben sind, von ihm aufgenommen werden dürfen, kann

76) Vgl. KG in JW 1928, S. 240!

man eine solche Einschränkung doch annehmen auf Grund des Vorhandenseins der Bestimmungen über die Aufnahmevoraussetzungen. Der Vorstand ist dieser Auffassung zufolge nur dann bevollmächtigt, den Aufnahmevertrag zu schließen, wenn und insoweit bei dem Eintretenden diese bestimmten Voraussetzungen gegeben sind. Diese Auffassung erscheint durch die Interessen der Mitglieder des nichtrechtsfähigen Vereins gerechtfertigt. Alle Rechtshandlungen, zu deren Vornahme der Vorstand bevollmächtigt ist, haben Außenwirkung. Sie berechtigen und verpflichten den Dritten unmittelbar dem Verein gegenüber. Nur dann, wenn auch hier durch die Satzung die Vertretungsmacht des Vorstandes insoweit beschränkt wird, daß er Eintretende, die den Aufnahmevoraussetzungen nicht entsprechen, nicht aufnehmen darf, werden die Vereinsmitglieder vor unerwünschtem Zuwachs möglichst geschützt sein. Nach einer anderen Ansicht soll es sich bei der Festsetzung der Aufnahmevoraussetzungen in der Satzung nur um eine interne Weisung an den Vorstand handeln [77]). Eine Beschränkung in der Außenwirkung der Vorstandserklärungen auf Grund einer entsprechend beschränkten Vertretungsmacht wird hiernach nicht angenommen. Nach dieser Ansicht wird, wenn der Vorstand seine „Instruktion" verletzt, der Eintretende doch Mitglied, obwohl bei ihm die Aufnahmevoraussetzungen nicht vorliegen. Es treten also Rechtsfolgen ein, die dem Interesse der Vereinsmitglieder zuwider laufen. Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Man kann nur dann zu einer befriedigenden rechtlichen Lösung gelangen, wenn man es darauf abstellt, ob und inwieweit ein Dritter Einblick in die internen Rechtsbeziehungen zwischen seinem Vertragskontrahenten und dessen Bevollmächtigten hat. Zum Vergleich sollen die von einem Handlungsbevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte herangezogen werden. Die Wirkung eines solchen Geschäftes dem Vollmachtgeber des Handlungsbevollmächtigten gegenüber hängt lediglich davon ab, wieweit das Einblicksvermögen des kontrahierenden Dritten reichte. Beschränkungen des gesetzlichen Umfanges der Handlungsvollmacht sind z. B. dem Dritten gegenüber nur dann wirksam, wenn sie für ihn erkennbar waren oder er sie kannte (§ 54, Abs. 3 HGB). Bei der Aufnahme neuer Mitglieder ist die Situation eine ganz andere. Im Regelfalle ist dem Neueintretenden ein Einblicksvermögen in innere Rechtsbeziehungen des Vereins und seiner Organe untereinander versagt. Infolge dieses fehlenden Einblicksvermögens können internen Weisungen an den Vorstand auch keine Außenwirkungen zukommen. Aus diesem Grunde wäre die Aufstellung von Aufnahmevoraussetzungen sinnlos, wenn man sie nur als interne Weisungen an den Vorstand bezeichnen würde. Sie gewinnt erst dann Sinn, wenn man ihr die allein den Interessen der Vereinsmitglieder entsprechende Bedeutung einer Beschränkung

77) Für die erstere Ansicht: v. Tuhr, a.a.O., S. 544 für negative Voraussetzungen; Oertmann § 38, 4 a, letzter Satz; wohl auch Staudinger § 58 II, 1 a. Für diese Ansicht: v. Tuhr für positive Voraussetzungen und Ruth in Ztschr. für Handelsrecht Bd. 88, S. 494, 495.

der Vertretungsmacht des Vorstandes und damit eine Außenwirkung zukommen läßt. Der Unterschied zwischen rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem Verein spielt keine Rolle, da das Einblicksvermögen in beiden Fällen gleich gering ist.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die von v. Tuhr getroffene unterschiedliche Behandlung zwischen positiven und negativen Voraussetzungen nicht notwendig ist und nicht anerkannt werden kann. Das Interesse des einen Vereins, nur Mitglieder mit bestimmten positiven Eigenschaften — Beamte, Soldaten usw. — aufzunehmen, ist genau so stark wie das des anderen Vereins, sich Mitglieder mit negativen Eigenschaften — Juden z. B. — fernzuhalten.

8. Die Art der Beschlußfassung bei der Aufnahme.

Für den praktisch wohl seltenen Fall, daß die Satzung über die Art der Beschlußfassung bei der Aufnahme schweigt, stehen sich zwei Auffassungen gegenüber. Die einen verlangen Einstimmigkeit[78]), die andere Meinung[79]) hält Mehrheitsbeschluß für ausreichend. Die Regeln über die Gesellschaft enthalten keine Vorschriften über den Eintritt neuer Gesellschafter. § 727 BGB, der nur im Ausnahmefall die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters zuläßt, betrifft den derivativen Mitgliedschaftserwerb. Läßt sich die Auffassung, daß für den Aufnahmebeschluß Einstimmigkeit erforderlich ist, durch Heranziehung irgendwelcher gesetzlicher Bestimmungen stützen? § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB, der auch für nichtrechtsfähige Vereine anwendbar ist[80]), verlangt für eine Zweckänderung Einstimmigkeit. Das Erfordernis der Einstimmigkeit ist eine Ausnahme. In der Regel unterliegen die Beschlüsse des Vereins dem Mehrheitsprinzip. Einem Verein mit zahlreichen Mitgliedern wird es nicht möglich sein, alle seine Mitglieder bei jedem notwendig zu fassenden Beschluß unter sich einig werden zu lassen. Gerechtfertigt wird die Herrschaft des Mehrheitsprinzips durch die dem Verein zugrunde liegende Interessenlage. Die Mitglieder haben sich zusammengeschlossen, um einen bestimmten Zweck zu erreichen, ihre Interessen sind also insoweit gleichgerichtet. Normalerweise liegen der Stimmabgabe eines Mitgliedes bei der Beschlußfassung Erwägungen zugrunde, die sich an dem allen gemeinsamen Vereinszweck orientiert haben. Eine Folge dieser Erwägungen wird sein, daß durchgehends das allgemeine Beste die meisten Stimmen finden wird, sodaß das Mehrheitsprinzip berechtigt ist. Diese Mehrheitsherrschaft gilt aber nur im Bereich der Interes-

78) Gierke, Vereine ohne R.Fähigkt., S. 16 Anm. 24 verlangt „an sich" Einstimmigkeit; Oertmann a.a.O. § 54, 2.

79) Ennecc. Bd. I, § 109 III 6; Breitbach a.a.O., S. 57; Paul Knoke in Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 20, S. 174, 175.

80) RG in Gruch., Bd. 51, S. 1121; LZ 29, S. 831; Seuff. Archiv Bd. 83, S. 102; Staud. § 33, Nr. 10; Ennecc. Bd. I, § 109 III, 1 Anm. 5.

sengemeinschaft. Sobald die Grundlage der Interessengemeinschaft, der Vereinszweck, eine Veränderung erfahren soll, ist eine Gleichrichtung der mitgliedschaftlichen Interessen, die Voraussetzung der Mehrheitsherrschaft, nicht mehr gegeben und das Gesetz muß Einstimmigkeit verlangen. Die Aufnahme eines neuen Mitgliedes führt eine Veränderung oder Verschiebung in der Gleichrichtung der mitgliedschaftlichen Interessen nicht herbei. Insbesondere ist das dann nicht der Fall, wenn es auf die Persönlichkeit des Eintretenden wenig oder garnicht ankommt und dieser nur als Teil einer Masse in Erscheinung tritt. Ist jedoch Persönlichkeit und Individualität des neuen Mitgliedes für den Verein von einiger Bedeutung, so kann der Eintritt sogar eine Verstärkung und Förderung der auf das gemeinsame Ziel strebenden Kräfte bedeuten. Wir können somit feststellen, daß der Beitritt eines neuen Mitgliedes keinesfalls eine Störung oder Beeinträchtigung der einheitlichen Richtung der mitgliedschaftlichen Interessen zur Folge hat, sondern unter Umständen sogar eine Kräftigung dieser Interessen herbeiführen kann. Es gibt hier also keine Interessenlage, die eine einstimmige Beschlußfassung rechtfertigte. Darüber hinaus ist aber auch die Machtlage, die bei einem Verein mit seiner meist größeren Mitgliederzahl gegeben ist, mit einer einstimmigen Beschlußfassung unvereinbar. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß es praktisch unmöglich ist, für jeden Beschluß eine einheitliche Stimmabgabe sämtlicher Mitglieder herbeizuführen. Im Gegensatz zu der nur auf wenige Teilhaber beschränkten Gesellschaft würde die Notwendigkeit einstimmiger Beschlußfassung bei dem mitgliederreichen Verein auf größte innere Schwierigkeiten stoßen, seine Kräfte verzehren und ihn lebensunfähig machen. Es darf deshalb bei dem Verein nur in ganz außergewöhnlichen Fällen — wie etwa dem der Zweckänderung — unter den erwähnten besonderen Voraussetzungen Einstimmigkeit verlangt werden. Sonst ist eine Beschlußfassung nach dem Mehrheitsprinzip eine durch die besondere bei einem Verein vorhandene Machtlage vorgeschriebene Notwendigkeit.

Gegen eine einstimmige Beschlußfassung sprechen ferner die unter Umständen vorhandenen Sonderinteressen einzelner Mitglieder. Wollte man Einstimmigkeit verlangen, so würden Folgen eintreten, die rechtspolitisch nicht zu billigen sind. Vereinsfremde Interessen — Querinteressen —, etwa solche rein persönlicher Art, könnten sich auf das innere Vereinsleben auswirken. Es ist durchaus richtig, wenn Knoke die Zulässigkeit von Majoritätsbeschlüssen in diesem Zusammenhang als „Lebensfrage" für den Verein bezeichnet[81]). Wenn sich aber gegen die Aufnahme aus der Wahrnehmung der Vereinsinteressen herrührende Bedenken erheben, wird ein entsprechender Mehrheitsbeschluß nicht zustande kommen. Somit erscheint es gerechtfertigt, im gegebenen Falle einen Mehrheitsbeschluß genügen zu lassen. Man wird allerdings Breitbach[82]) beitreten müs-

81) Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 20, S. 175.
82) a.a.O., S. 57, Anm. 74.

sen, wenn in ganz besonderen Ausnahmefällen doch Einstimmigkeit zu fordern ist. Man denke etwa an Vereine, deren Mitglieder in einem derart innig verbundenen persönlichen Verhältnis zueinander stehen, daß bereits Spannungen zwischen einem seiner Mitglieder und dem Neueintretenden genügen würden, um die Verfolgung des Vereinszweckes zu beeinträchtigen (z. B. die früheren Logen).

C. DIE ÜBERTRAGUNG DER MITGLIEDSCHAFT BEIM NICHTRECHTSFÄHIGEN VEREIN.

1. Die Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden.

Bei der Übertragung der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft steht lediglich die Mitgliedschaft als solche — d. h. als Dauerverhältnis — zur Diskussion. Ob und inwieweit überhaupt Bestandteile der Mitgliedschaft, einzelne oder Gruppen von Herrschaftsbeziehungen, übertragbar sind, soll hier nicht erörtert werden.

a) Die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit der Mitgliedschaft unter dem Gesichtspunkt der Interessenlage.

Die Möglichkeit der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft ist für das Gesellschaftsrecht, das für den nichtrechtsfähigen Verein maßgebend ist, angezweifelt worden[1]). Zu Unrecht! Betrachten wir zunächst die Mitgliedschaft des rechtsfähigen Vereins. Hier läßt sich umso leichter ein klares Bild gewinnen, als die erhebliche Erschwerung der Lösung der Frage durch das Prinzip der gesamten Hand nicht in Erscheinung tritt. Die Möglichkeit, durch Übertragung der Mitgliedschaft dem Mitgliederkreise des Vereins an Stelle seiner selbst eine andere Person zuzuführen, ist generell dem einzelnen Mitgliede durch § 38 BGB untersagt. Die Protokolle[2]) lassen sich hierzu vernehmen, daß die „Unübertragbarkeit der Natur der hier vorzugsweise in Betracht kommenden Vereine mit idealen Tendenzen am besten entspreche". Die Interessen, die bei Idealvereinen die Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft verlangen, können verschiedener Natur sein. Vereine, bei denen der Persönlichkeit des einzelnen Mitgliedes ausschlaggebende Bedeutung zukommt, haben ein erhebliches Intersesse an der Unübertragbarkeit. Wollte man freie Übertragbarkeit zulassen, so würde alsbald die Gesamtheit der Mitglieder ihren Charakter als einer durch ein gemeinschaftliches Interesse zusammengehaltenen Gemeinschaft weitgehend einbüßen. Bei gemeinnützigen Idealvereinen, z. B. Verein für Säuglingsschutz, Verschönerungsverein usw., spielt die Persönlichkeit des

1) Zitelmann in Jhr. Jahrb., Bd. 73, S. 185 ff.
2) S. 534, 535.

Mitgliedes in der Regel keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Eine Notwendigkeit für die Unübertragbarkeit besteht nicht oder doch nur in ganz geringem Maße. Gleichwohl kann hier an der Unübertragbarkeit festgehalten werden, da weder bei den Mitgliedern noch bei Dritten ein Interesse an der Übertragung der Mitgliedschaft besteht. Insofern gilt die Begründung der Protokolle auch hier. Nur dann, wenn die Persönlichkeit des Mitgliedes maßgebend ist oder sein kann, ist die volle Souveränität des zuständigen Vereinsorgans über den Zugang eines neuen Mitgliedes conditio sine qua non. Je weniger es dagegen bei einem Verein auf die individuelle Persönlichkeit des Mitgliedes ankommt, desto unbedenklicher kann auch das Interesse der Mitgliedergesamtheit eine freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ertragen, wie z. B. bei gemeinnützigen Idealvereinen. Es wird sich also in der Praxis das Bedürfnis zeigen, die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft so zu regeln, wie sie sich mit dem jeweilig gegebenen Vereinsinteresse vereinen läßt. Diesem Bedürfnis trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß es in § 40 BGB den § 38 BGB als dispositive Norm erklärt. So ist die Möglichkeit zu einer Regelung gegeben, wie sie der bunten Mannigfaltigkeit der Interessen der Vereine entspricht. Man wird es entweder bei der gesetzlichen Regelung der Unübertragbarkeit belassen oder aber von der Möglichkeit der Übertragbarkeit Gebrauch machen und sie an bestimmte oder eine Gruppe bestimmter Personen oder auch schließlich unbeschränkt zulassen. Die unbeschränkte Übertragbarkeit wird sich vorwiegend bei solchen Vereinen finden, bei denen es auf die Persönlichkeit des einzelnen Mitgliedes wenig oder garnicht ankommt. Man denke etwa an Vereine, bei denen die mitgliedschaftlichen Pflichten lediglich in der Zahlung der Beiträge bestehen, ohne daß jedoch die freie Übertragbarkeit auf diesen Typ von Vereinen beschränkt zu sein braucht. Die Übertragbarkeitsklausel muß gemäß § 40 BGB in der Satzung enthalten sein.

b) Die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Mitgliedschaft.

Der Anwendbarkeit dieser für die rechtsfähigen Vereine möglichen Regelung der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft auf die nichtrechtsfähigen Vereine stehen Bedenken rechtspolitischer Art nicht entgegen. Für die Übertragung der Mitgliedschaft des nichtrechtsfähigen Vereins sind aber gemäß § 54 Satz 1 BGB die Regeln über die Gesellschaft anzuwenden. Im folgenden soll die Stellung des Gesellschafters zu der Gesellschaft, wie sie der Mitgliedschaft bei korporativen Vereinigungen entspricht, als Teilhaberschaft bezeichnet werden. Wie bereits erwähnt, verneint Zitelmann[3]) die Möglichkeit der Übertragbarkeit der Teilhaberschaft. Er zieht zur Begründung seiner Ansicht den § 139 HGB heran und unterscheidet zwischen der

3) Vgl. Anm. 1.

dort vorausgesetzten „Fortsetzungsklausel" und der für die Übertragung unter Lebenden erforderlichen „Übertragbarkeitsklausel". Die von dieser Bestimmung vorausgesetzte Machtlage ist dadurch gekennzeichnet, daß nur wenige Gesellschafter vorhanden sind, die grundsätzlich alle zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sind (§ 114 Abs. 1 HGB). Die Vorschrift paßt nicht auf den Verein mit zahlreichen, nicht arbeitsbeteiligten Mitgliedern. Auch die dieser Bestimmung zugrunde liegende Interessenlage ist, wie wir gleich sehen werden, eine ganz besondere und kehrt bei anderen Gesellschaften nicht wieder. Gerade dieser Unterschied in der Macht- und Interessenlage ist es, der die Ableitung allgemeiner Grundsätze aus der gesetzlichen Regelung dieses besonderen Falles einer Übertragung der Mitgliedschaft nicht gestattet. Der § 139 HGB ist nicht verallgemeinerungsfähig. Die bei § 139 HGB gesetzlich vorausgesetzte Fortsetzungsklausel schließt nach der Ansicht Zitelmanns allgemein die Wirksamkeit einer etwa vorhandenen Übertragbarkeitsklausel aus. Warum soll aber, wenn das Gesetz in einem konkreten Einzelfalle die Übertragung der Teilhaberschaft von Todes wegen regelt, deshalb eine Übertragung unter Lebenden unmöglich sein? Vielmehr ist aus den der Schaffung des § 139 HGB zugrunde liegenden Interessen und Bedürfnissen umgekehrt zu argumentieren: Das Gesetz gestattet grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen eine Übertragung der Teilhaberschaft. Veranlassung zu einer gesetzlichen Regelung dieser Übertragung ist im allgemeinen nicht gegeben. Lediglich in dem Falle des § 139 HGB muß für den Erben eine Schutzbestimmung gegeben sein. Da er den Anfall der Teilhaberschaft als Teil der gesamten Erbschaft nur dann abwenden kann, wenn er die gesamte Erbschaft ausschlägt, wäre er bei Annahme der Erbschaft gezwungen, Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft zu werden. Damit wäre er aber auch allen Risiken ausgesetzt, die die Stellung des Gesellschafters mit sich bringt. Er haftet dann ja unbeschränkt für alle nach seinem Eintritt entstehenden Schulden und hat nicht die Möglichkeit, seine Haftung für die vor seinem Eintritt entstandenen Schulden zu beschränken. Da es in vielen Fällen aus praktischen Gründen[4]) unerwünscht sein mag, daß der Erbe seine Stellung als Gesellschafter behält, muß ihm die Möglichkeit eröffnet werden, sich seiner Gesellschaftereigenschaft zu entledigen. So ist es zu erklären, daß es den Erben freigestellt ist, die Stellung eines Kommanditisten zu erwerben. Wir sehen somit, daß gerade der besondere Gefahren mit sich bringende erbliche Erwerb der Teilhaberschaft an einer offenen Handelsgesellschaft eine ergänzende Regelung verlangt, wie sie uns in § 139 HGB gegeben ist. Bei dem erblichen Erwerb der Teilhaberschaft an einer Gesellschaft des BGB bestehen diese Gefahren nicht. Die Vereinbarung einer beschränkten Haftung ist zulässig. Der Erbe, der kraft des Bestehens der Fortsetzungsklausel bei einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft an Stelle seines Erb-

4) Vgl. hierzu Müller-Erzbach in Handelsrecht 2/3, S. 215, 216.

lassers Teilhaber geworden ist, kann für die bis zu dessen Tode entstandenen Schulden die Beschränkung der Haftung herbeiführen [5]). Bei einer Übertragung der Teilhaberschaft unter Lebenden vollends besteht erst recht kein Bedürfnis nach einer besonderen gesetzlichen Regelung, da die Übertragung unter völlig freier Betätigung des rechtsgeschäftlichen Willens aller Beteiligten vor sich geht.

Wir stellen fest, daß eine Übertraung der Teilhaberschaft unter Lebenden möglich ist. Dieser Standpunkt wird auch von der Rechtsprechung [6]) eingenommen.

c) Die rechtlichen Vorgänge bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Mitgliedschaft.

Die eigentliche Übertragung der Teilhaberschaft an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist nicht unproblematisch. Die Gesellschaft ist als Gelegenheitsgesellschaft auf nur wenige Teilhaber zugeschnitten. Das für die Gesellschaft maßgebende Gesamthandsprinzip gibt die Möglichkeit, daß in der Form der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft Vereinigungen ohne eine Organisation entstehen können. Den besonderen zu derartigen organisationslosen Vereinigungen führenden Interessen ist durch das Gesamthandsprinzip das Feld der praktischen Betätigung erschlossen. Denn die Gesamthand will der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens dadurch dienen, daß sie den Anteil an der Gesellschaft selbst in § 719 BGB für unverfügbar erklärt. Die Gesamthand will aber auch nur die im Gesellschaftsunternehmen zum Ausdruck gekommenen Interessen der Gesellschaft schützen. Der § 719 BGB nimmt sich nicht bestimmter Interessen der Allgemeinheit an, sondern lediglich derer eines bestimmten Personenkreises (§ 135 BGB) [7]). Wenn die zu diesem Personenkreis zählenden Gesellschafter die Übertragbarkeit der Teilhaberschaft unter Berücksichtigung der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens für unbedenklich und mit ihren Interessen vereinbar halten, können lie deshalb auch die gesamthänderische Bindung, die eben der Erhaltung dieses Unternehmens dient, aufheben und die freie Übertragbarkeit der Teilhaberschaft bestimmen [8]). Hieraus folgt, daß eine Übertragung der Teilhaberschaft — bzw. der Mitgliedschaft — rechtlich nur dann möglich ist, wenn eine diesbezügliche Übertragbarkeitsklausel in dem Gesellschaftsvertrage — bzw. in der Satzung — enthalten ist. Ist das nicht der Fall, so ist die Übertragung nur bei nachfolgender Genehmigung [9]) rechtswirksam. Für die Festlegung der Übertragbarkeitsklausel genügt Mehrheitsbeschluß. Aus dem Gesamthandsprinzip können Bedenken nicht hergeleitet werden. Eine

5) Staud. § 727, III, 1, letzter Absatz.
6) RGZ Bd. 92, S. 165 unter besonderer Bejahung für die nichtrechtsfähigen Vereine; Krückmann a.a.O., S. 70.
7) LZ 1921, Spalte 617.
8) Vgl. hierzu auch Geiler in Staud. Vorbem. IV 2 zu §§ 705 ff.!
9) Geiler in Staud. Vorbem. IV, 2 zu §§ 705 ff. BGB.

Rechtsnachfolge in das Gesamtvermögen kann ohne weiteres erfolgen [10]).

Die Übertragung selber geschieht durch Vertrag zwischen dem bisherigen und dem zukünftigen Teilhaber. Die allgemeinen Vertragsregeln sind maßgebend. Mit Annahme der Offerte, die normalerweise auf Seiten des zukünftigen Teilhabers erfolgt, ist die Teilhaberschaft in vollem Umfange sowohl nach ihrer vermögensrechtlichen Seite wie nach der der wechselseitigen Herrschaftsbeziehungen hin auf den Neuerwerber übergegangen. Mit diesem Moment ist der neue Teilhaber gesamthänderischer Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens geworden. Einzelner Übertragungsakte bedarf es zur Eigentumsverschaffung nicht mehr. Im gleichen Moment ist er auch Träger der nicht vermögensmäßigen Rechte und Pflichten geworden.

Nach der von Zitelmann vertretenen Nichtübertragbarkeit der Teilhaberschaft ist allerdings der Übergang in dieser Form undenkbar. Darnach kann der Neueintretende immer nur durch Vertragsschluß mit den übrigen Gesellschaftern Gesellschafter werden. Entsprechend der hier vertretenen Auffassung geht der Erwerb der Teilhabeschaft ohne Vertrag zwischen dem Nachfolger des Ausscheidenden und den übrigen Gesellschaftern vor sich.

Ob und in welchem Umfange die Interessen der Mitglieder bzw. des Vereins eine Übertragbarkeit der Mitgliedschaft zulassen, wird von dem rechtsfähigen Verein durchgehends ebenso entschieden werden wie von dem nichtrechtsfähigen Verein. Beide Vereine haben gleich weitgehende Satzungsgewalt. Von der Befugnis, ihre inneren Herrschaftsverhältnisse zu regeln, können beide Vereine in gleich weitem Umfange Gebrauch machen. Sie können also auch beide auf einen Teil der ihnen zustehenden Machtbefugnisse verzichten, indem sie zugunsten einer Erstarkung der mitgliedschaftlichen Herrschaftsrechte des einzelnen Mitgliedes die Übertragbarkeit zulassen. Das Fehlen des Gesamthandsprinzips vereinfacht die rechtlichen Vorgänge bei dem rechtsfähigen Verein wesentlich. Die Übertragung selbst geht ebenso wie bei dem nichtrechtsfähigen Verein durch Vertrag zwischen dem Ausscheidenden und dem neuen Mitgliede vor sich, ohne daß ein besonderer Vertrag zwischen dem Neueintretenden und dem Verein notwendig wäre. Mit dem Abschluß des Vertrages erwirbt der Vertragsgegner des Ausscheidenden die Mitgliedschaft in ihrem vollem Umfange.

d) Die besondere Bedeutung der §§ 738 bis 740 BGB bei der Übertragung der Mitgliedschaft.

Ein- und Austritt von Mitgliedern sind für einen Verein typisch und stellen ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Gesellschaft dar. Die Gesellschaft bezweckt in der Regel den Abschluß eines einzelnen Geschäftes. Eine gerade sich bietende Gelegen-

10) Siehe Anm. 9 und vgl. § 2033 Abs. 1 BGB.

heit veranlaßt mehrere Personen, die in gleicher Weise an der Wahrnehmung dieser Gelegenheit interessiert sind, sich zusammenzuschließen. Je nach der Art des Gesellschaftszweckes kann zu seiner Erreichung die Vornahme eines einzigen Rechtsgeschäfts bzw. Rechtshandlung genügen oder eine ganze Gruppe zweckbedingter Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen erforderlich sein. Sobald dann der Zweck erreicht ist, erfolgt die Auflösung. Dagegen entspricht den der Gründung eines Vereins — sei es eines wirtschaftlichen oder eines Idealvereins — zugrunde liegenden Interessen ein auf längere oder — wie es die Regel ist — unbestimmte Zeitdauer berechneter Zusammenschluß. Im Gegensatz zu der auf wenige Teilhaber zugeschnittenen Gesellschaft wird der Verein darum bemüht sein, eine größere oder auch eine möglichst große Mitgliederzahl zu erhalten. Die unbestimmte Lebensdauer und die Menge der Mitglieder machen eine körperschaftliche Organisation notwendig. Der Mitgliederwechsel ist im Interesse des Vereins und der Mitglieder daher meist unumgänglich. In dem über lange Zeiträume sich erstreckenden Vereinsleben werden öfter tatsächliche Ereignisse eintreten, die Mitgliedschaften zum Erlöschen bringen, wie etwa Tod eines Mitgliedes oder Verlegung des Wohnsitzes. Im Interesse des Vereinsbestandes müssen die so entstandenen Lücken durch Neueintritte wieder geschlossen werden. Leicht kann es vorkommen, daß auf Grund veränderter Umstände im Laufe der Zeit die Interessen, die zur Begründung einer Mitgliedschaft geführt haben, aufhören zu existieren oder doch eine starke Wandlung erfahren. Dann hat weder der Verein noch das Mitglied ein Interesse an der Erhaltung seiner Mitgliedschaft. Die innerhalb einer Gesellschaft und eines Vereins bestehende Machtlage steht zu dem Mitgliederwechsel in ganz verschiedenen Beziehungen. Die Gesellschaft ist auf wenige untereinander in einem Vertrauensverhältnis stehende Gesellschafter zugeschnitten. Das zeigt vor allem § 709 Abs. 1 BGB, wonach grundsätzlich die Führung der Gesellschaft allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und für jedes Geschäft Einstimmigkeit erforderlich ist (vgl. ferner §§ 708, 711, 714 BGB u. a.!). Darnach verträgt die grundsätzliche Struktur der Gesellschaft einen Mitgliederwechsel nicht. Anders dagegen bei einem Verein, wo die Geschäftsführung grundsätzlich in den Händen des Vorstandes liegt und auch liegen muß, weil eine Geschäftsführung durch die Mitgliederversammlung zu schwerfällig sein und das Vereinsleben zu sehr lähmen würde. Der Mitgliederwechsel beeinträchtigt durchgehends die in den Händen des Vorstandes liegende Geschäftsführung des Vereins nicht. Er verschafft dem neuen Mitgliede nur insofern eine Einwirkungsmöglichkeit auf das innere Vereinsleben, als demselben aus der Mitgliedschaft fließende Herrschaftsrechte zustehen, wie Stimmrecht, Antragsrecht usw. Deshalb sind die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters maßgebenden und für die Gesellschaft aber nicht für den nichtrechtsfähigen Verein passenden Auseinandersetzungsregeln der §§ 738—740 BGB regelmäßig als von vornherein ausgeschlossen

anzusehen. Dies gilt insoweit, als die erwähnte gesetzliche Regelung mit den Lebensinteressen eines Vereins unvereinbar ist, wie z. B. der Anspruch auf Auszahlung des Anteils. Wenn die Satzung des nichtrechtsfähigen Vereins keine entsprechende Bestimmung enthält, ist dieser durch § 738 Abs. 1 Satz 2, 2. Hälfte BGB gegebene Anspruch regelmäßig als stillschweigend ausgeschlossen anzusehen, da die Interessen des Vereins eine dauernde Erhaltung des Vereinsvermögens für den Vereinszweck verlangen [11]). Anders ist dagegen ist die Rechtslage bei der Übertragung der Mitgliedschaft zu beurteilen. Die Übertragung ist vom Gesetzgeber für den Verein als nicht typisch vorgesehen und auch nicht die Regel, sondern nur bei bestimmter Interessenlagerung und entsprechender Satzungsbestimmung möglich. Deshalb kann man in diesem Falle den Ausschluß der §§ 738 ff. BGB nicht als von vornherein gewollt ansehen. Vielmehr ist im Einzelfalle zu unterscheiden, ob die Übertragbarkeitsklausel von vornherein im Gesellschaftsvertrage bzw. der Satzung enthalten ist oder ob die Übertragung der Mitgliedschaft zunächst ohne eine solche erfolgt und nachträglich Genehmigung erteilt ist.

Unterziehen wir zunächst die Auseinandersetzungsregeln einer rechtlichen Untersuchung bei Gegebensein der Übertragbarkeitsklausel.

„Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so ..." treten die und die Rechtsfolgen ein. Die in den §§ 738—740 BGB gegebene Regelung für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters setzt offensichtlich das Erlöschen der Teilhaberschaft voraus. Nur beim Untergang der Teilhaberschaft sehen wir uns einer rechtspolitischen Situation gegenüber, die eine Regelung, wie sie in den §§ 738—740 BGB gegeben ist, erforderlich macht. Dann werden die Fragen akut, was mit dem Anteil des bisherigen Gesellschafters geschieht, was aus seiner Haftung für die vor seinem Ausscheiden entstandenen Schulden wird, ob ihm nicht evtl. ein Auseinandersetzungsanspruch zusteht, oder er aber einen evtl. vorhandenen Passivsaldo decken muß und was schließlich aus den schwebenden Geschäften wird. Alle diese Fragen tauchen dann nicht auf, wenn die Teilhaberschaft garnicht untergeht, sondern lediglich als Gesamtrechtsstellung übertragen wird. Es wäre sinnlos, wenn in einem solchen Falle Ansprüche und Verpflichtungen entstehen würden, an denen keiner der Beteiligten ein Interesse hat. Dafür, daß ein solches Interesse nicht besteht, sondern im Gegenteil der Verein ein Interesse an der Übertragung der Mitgliedschaft unter Ausschluß der Rechtsfolgen aus den §§ 738—740 BGB hat, lassen sich Anhaltspunkte durch Auslegung der Satzung gewinnen. Für die Auslegung kommt die Satzungsbestimmung in Betracht, die die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ausspricht. In dieser Satzungsbestimmung tritt das Interesse der Beteiligten an dem Ausschluß der genannten Bestimmungen hervor. Leider ist nun die Fassung des § 738 BGB nicht

11) Vgl. hierzu RGZ Bd. 113, S. 125/135!

so, um die dieser Interessenlage einzig entsprechende Auslegung unmittelbar praktisch wirksam werden zu lassen. Man müßte an sich folgern können: Die Bestimmungen der §§ 738—740 BGB setzen Ausscheiden eines Gesellschafters und Untergang seiner Teilhaberschaft voraus. Da hier aber der Gesellschafter ohne Untergang seiner Teilhaberschaft ausscheidet, diese vielmehr auf eine andere Person übergeht, tritt die ganze Regelung der §§ 738—740 BGB überhaupt nicht in Kraft. Eine derart weitherzige Auslegung gestattet uns aber der Wortlaut des § 738 BGB nicht, der lediglich von einem „Ausscheiden" spricht. Wir müssen deshalb sehen, ob und wie es den Beteiligten möglich ist, eine ihren Interessen gemäße Lösung zu finden, d. h. die durch die §§ 738—740 BGB gegebene Regelung auszuschalten, bzw. nicht eintreten zu lassen.

Aus dem hier vorausgesetzten Vorhandensein der Übertragbarkeitsklausel läßt sich eine entsprechende Lösung herleiten. Wie bereits angedeutet, macht diese Klausel das Interesse der Beteiligten an dem Ausschluß der fraglichen Bestimmungen erkennbar. Aus diesem mit ihr zum Ausdruck gebrachten Interesse muß die Klausel ausgelegt werden. Darnach ist in der Klausel eine Vertragsbestimmung zu erblicken, nach der die gesamte Regelung der §§ 738—740 BGB nicht eintreten soll. Der vertraglichen Abänderbarkeit dieser Bestimmungen stehen Bedenken nicht entgegen. Für § 738 BGB ist das anerkannt[12]). Bei § 739 BGB bestehen deshalb keine Bedenken, weil in diesem Falle die Stellung des Gläubigers nicht verschlechtert wird. Dasselbe gilt für § 740 BGB[13]). Wenn der Übertragende durch Übertragung der Teilhaberschaft auf den ihm aus schwebenden Geschäften zustehenden Gewinn zugunsten des Neueintretenden verzichtet, so werden dadurch lediglich seine, nicht aber die Interessen Dritter beeinträchtigt. Sollten aber die schwebenden Geschäfte mit einem Verlustsaldo abschließen, so gilt auch hier das für § 739 BGB Gesagte. Er ist vom Verluste der schwebenden Geschäfte befreit. Das Risiko der Haftung tragen die nach dem Ausscheiden des übertragenden Gesellschafters noch verbleibenden Gesellschafter.

Wie nun, wenn die Übertragung erst nachträglich durch die anderen Gesellschafter genehmigt worden ist? Die Rechtslage ist dann folgende: Mit dem Ausscheiden des Gesellschafters ist dessen Teilhaberschaft — bzw. Mitgliedschaft — vollständig untergegangen. Die Teilhaberschaft hat aber zugleich mit dem Moment ihres Erlöschens neue Rechte und Verpflichtungen hervorgebracht, eben die der §§ 738 ff. BGB. Aus der Mitglied- oder Teilhaberschaft ist eine neue Gläubiger- bzw. Schuldnerschaft entstanden. Man denke vergleichend z. B. an den der Mitgliedschaft entspringenden Anspruch auf Dividende, der nach Fassung eines die Verteilung anordnenden gültigen Hauptversammlungsbeschlusses zum unbedingten Forde-

12) Staud. § 738 IV.
13) Vgl. Staud. § 740 II!

rungsrecht geworden ist. An dieser Stelle muß der Auffassung Krückmanns[14]) entgegengetreten werden, die auf einer Verkennung des Wesens der Mitgliedschaft beruht. Krückmann meint, die Teilhaberschaft wäre überhaupt unsterblich, nur einzelne Bestandteile von ihr gingen unter, andere blieben bestehen. Für die letzteren verweist er gerade auf die §§ 738 ff. BGB. Es handelt sich hier aber garnicht um Rechte und Pflichten, die Bestandteile der Teilhaberschaft sind, sondern um solche, deren Entstehung gerade der Untergang der Teilhaberschaft notwendig macht, um neue Gläubigerrechte bzw. Schuldnerpflichten. So fällt z. B. das für die Mitgliedschaft typische Mitbestimmungsrecht für die bei Ausscheiden des Gesellschafters schwebenden Geschäfte gemäß § 740 Abs. I Satz 2 BGB fort. Eine Mitwirkung an der Abwicklung dieser Geschäfte steht dem Gesellschafter nicht zu.

Ein reines, ohne weiteres abtretbares Gläubigerrecht ist z. B. auch der Abfindungsanspruch des § 738 Abs. 1 Satz 2 letzter Teil. Mitgliedschaft und Gläubigerschaft sind streng auseinanderzuhalten.

Soll man sich nun etwa den Übergang der Teilhaberschaft so vorstellen, daß alle übertragbaren Rechte der genannten Bestimmungen an den Neueintretenden übertragen sind und bezüglich der Verpflichtungen eine Schuldübernahme vorliegt, deren nach § 415 BGB erforderliche Genehmigung in der nachfolgenden Genehmigung des gesamten Übertragungsvertrages zu sehen ist? Was wird aus der nach § 738 Abs. 1 Satz 1 erfolgten Anwachsung des Anteils am Gesellschaftsvermögen des ausscheidenden Gesellschafters? Tritt mit der Genehmigung wieder eine Abwachsung zugunsten des neuen Gesellschafters ein? Diese Konstruktion, deren weitere Ausführung wir uns sparen können, widerspricht einmal völlig der für die §§ 738 ff. BGB maßgebenden rechtspolitischen Situation, auf Grund derer mit einer Übertragung der Teilhaberschaft nicht gerechnet wird, und zum andern dem ersichtlichen Interesse der Beteiligten. Wie schon erwähnt, haben die Beteiligten kein Interesse daran, die Rechte und Pflichten aus den angezogenen Bestimmungen zu erwerben. Die sich hier bei der Übertragung der Teilhaberschaft abspielenden rechtlichen Vorgänge sehen vielmehr folgendermaßen aus: Der § 738 BGB spricht von „Ausscheiden". Es ist aber nach Abschluß des Übertragungsvertrages ein Ausscheiden des Übertragenden noch garnicht erfolgt. Vielmehr ist das ganze Rechtsgeschäft der Übertragung schwebend unwirksam, da es von der Genehmigung der übrigen Gesellschafter abhängt. Der Übertragungsvertrag wird erst wirksam bei Genehmigung durch die anderen Gesellschafter abhängt. Der Übertragungsvertrag wird erst wirksam bei Genehmigung durch die anderen Gesellschafter. In diesem Moment ist der übertragende Gesellschafter aus der Gesellschaft wirksam ausgeschieden, und zwar datiert sein Austritt, der rückwirkenden Kraft des § 184 BGB entsprechend, von dem Abschluß des Übertragungsvertrages an. Gleich-

14) Jhr. Jahrb., Bd. 74, S. 70.

zeitig enthält die Genehmigung der anderen Gesellschafter eine Erklärung dahingehend, daß die Rechtsfolgen der §§ 738—740 BGB für diesen Fall ausgeschlossen sein sollen. Diese Auslegung der Genehmigung wird durch das Interesse der Gesellschafter an dem Nichteintritt der bewußten Rechstfolgen gerechtfertigt. So wird der Übertragungsvertrag rückwirkend wirksam und für den gleichen Zeitpunkt die Regelung der §§ 738 ff. BGB ausgeschlossen. Damit dürften wir eine befriedigende rechtliche Lösung für die Übertragung der Teilhaberschaft bei nachfolgender Genehmigung dieser Übertragung durch die anderen Gesellschafter gefunden haben.

Schließlich ist noch zu beachten, daß in der Regel nur die einfache Teilhaberschaft übertragen werden kann. Sonderrechte des Übertragenden erlöschen unter einer bestimmten Voraussetzung mit der Übertragung. Dies ist dann der Fall, wenn der Übertragende eine auf seiner besonderen Persönlichkeit beruhende Vorzugsstellung inne hatte.

2. Übertragung der Mitgliedschaft durch Erbgang.

a) Praktische Bedeutung und Möglichkeit des Überganges.

Bei dieser Frage begeben wir uns in nahezu noch „Unerforschtes Gebiet" in der Rechtswissenschaft. Mag auch die Frage der Vererblichkeit der Mitgliedschaft früher nur theoretischen Wert besessen haben, im Laufe der letzten Jahre ist darin ein erheblicher Wandel eingetreten. Für die Entwicklung unserer industriellen Wirtschaft in der Zeit nach dem Kriege ist eine immer stärkere und umfassendere Zusammenschlußbewegung kennzeichnend. Eine der am meisten verbreitetsten und wichtigsten Zusammenschlußformen ist das Kartell. Praktisch begegnen wir dieser Verbandsform zumeist in dem Rechtsgewande des nichtrechtsfähigen Vereins. Zahlreiche Kartelle enthalten in ihren Satzungen Bestimmungen, nach denen die Mitgliedschaft auf den Rechtsnachfolger, also auch auf den oder die Erben, übergehen soll. So enthält z. B. die noch bis vor ganz kurzer Zeit gültige Satzung des Kartells der „Lieferanten-Vereinigung der Installationsbranche und verwandten Geschäftszweige e. V." für Rheinland und Westfalen in § 5 Ziffer 2 folgende Bestimmung: „Durch Verkauf oder Verpachtung des Geschäftsbetriebes oder der Firma oder durch einen sonstigen Inhaberwechsel geht die Mitgliedschaft in der L. V. auf den Erwerber über." Der Teil dieser Bestimmung „oder durch einen sonstigen Inhaberwechsel" hat jüngst, als der Inhaber durch Erbfall wechselte, zu Rechtsstreiten Anlaß gegeben. Die Frage ist also von einiger praktischer Bedeutung.

Die herrschende Lehre muß eine Vererblichkeit der Mitgliedschaft überhaupt ablehnen, da sie auf dem Standpunkt steht, daß die Mitgliedschaft ein Persönlichkeitsrecht ist und Persönlichkeitsrechte mit dem Tode ihres Trägers in der Regel erlöschen. Eine Ausnahme gilt für Persönlichkeitsrechte, soweit sie Bestandteil von Urheber-

rechten sind. Die hier vertretene Auffassung von der Mitgliedschaft als einer Rechtsform besonderer Art schließt jedoch eine Vererblichkeit der Mitgliedschaft nicht aus.

Der Erwerb der Mitgliedschaft durch Erbgang kann auf mannigfache Weise erfolgen. Welcher Art hier im einzelnen die rechtlichen Beziehungen sind, ist ganz von der Klausel abhängig, durch die im Gesellschaftsvertrage die Vererblichkeit der Teilhaberschaft — bzw. Mitgliedschaft — ausgesprochen ist. So kann die Klausel dahin lauten, daß die Erben schlechthin, gleichgültig ob gesetzliche oder durch letztwillige Verfügung berufene, die Teilhaberschaft erwerben sollen. Oder es soll den Erben freistehen, die Teilhaberschaft zu erwerben oder aber die bereits angefallene auszuschlagen. Oder es soll nur ein bestimmter Erbe oder irgend ein Dritter die Teilhaberschaft erwerben. Oder schließlich kann auch im Gesellschaftsvertrage die Klausel dahin gefaßt sein, daß der Gesellschafter seine Teilhaberschaft durch letztwillige Verfügung übertragen darf, an wen er will.

b) Nach der Satzung sollen die Erben schlechthin die Teilhaberschaft erwerben.

Rechtlich wohl am einfachsten gelagert ist der Fall, daß die Klausel bestimmt, die Erben sollen schlechthin die Teilhaberschaft erwerben. Man muß Krückmann[15]) beipflichten, daß der Übergang der Teilhaberschaft sich hier nach rein erbrechtlichen Regeln richtet. Die Teilhaberschaft ist ein Bestandteil des gesamten Nachlasses[16]). Der oder die Erben werden somit, wenn sie die Erbschaft annehmen, Teilhaber. Der Erwerb geht vor sich, ohne daß ein Vertrag zwischen ihnen und den übrigen Gesellschaftern geschlossen wird. Die Erben können den Erwerb der Teilhaberschaft nur dadurch abwenden, daß sie die gesamte Erbschaft ausschlagen. Gleichgültig ist, ob bei Vorhandensein dieser Klausel einer oder mehrere Erben da sind. Daß ein Übergang der Teilhaberschaft in vollem Umfange auf mehrere Erben möglich ist, wurde bereits erwähnt. Nach der hier vertretenen Übertragbarkeit und Spaltbarkeit der Teilhaberschaft ist die von Zitelmann sorgfältig ausgeführte Unterscheidung zwischen Alleinerben und Erbenmehrheit bei dieser Klausel gegenstandslos.

In diesem Zusammenhange darf nicht unerwähnt bleiben, daß es ein Nachlaßgläubiger in der Hand hat, den endgültigen Übergang der Teilhaberschaft auf die Erben zu vereiteln. In zutreffender rechtspolitischer Erkenntnis weist Krückmann[17]) darauf hin, daß gerade das Interesse des Nachlaßgläubigers den Durchgang der Teilhaberschaft durch den Nachlaß verlange. Das würde nicht der Fall sein, sondern die Teilhaberschaft mit dem Tode des Erblassers untergehen, wenn man sich der Ansicht Zitelmanns anschließen würde. Krückmanns Auffassung bedarf freilich einer eingehenderen Begründung.

15) a.a.O. S. 70, 71.
16) Vgl. Staud. § 727, III, 1.
17) a.a.O. S. 71, 72.

Das nach Zitelmann an Stelle der erloschenen Teilhaberschaft entstandene „Guthaben" (§ 738 BGB) ist für den Nachlaßgläubiger wegen der in § 738 BGB ausgesprochenen Anwachsung von sehr viel geringerem Werte, als es der Zugriff auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen gemäß § 725 BGB sein würde. Eine Untersuchung über ein evtl. Guthaben erübrigt sich aber schon deshalb, weil wir davon ausgehen, daß die nach den §§ 738 ff. BGB eintretenden rechtlichen Folgen vertraglich durch die Klausel ausgeschlossen sind. Mit dem Tode des Erblassers geht die Teilhaberschaft auf die Erben über. Da sie ein Teil des Nachlasses ist, kann der Nachlaßgläubiger sofort nach dem Erbfall, wenn die Erben noch nicht endgültig angenommen haben, in die Teilhaberschaft gemäß § 728 ZPO zwangsvollstrecken. Nach der Pfändung des zum Nachlaß gehörigen Anteils am Gesellschaftsvermögen kann der Gläubiger die Gesellschaft nach § 725 BGB kündigen. Denn scheiden die Erben, die bereits an Stelle des Erblassers Teilhaber geworden sind, gemäß § 736 BGB wieder aus der Gesellschaft aus. In § 736 BGB ist die Möglichkeit nicht erwähnt. daß der Gläubiger eines Gesellschafters kündigt. Dieser Fall ist jedoch den anderen dort erwähnten Fällen gleichzusetzen; denn es soll die Rechtslage für alle diejenigen Fälle geregelt werden, in denen an sich eine Auflösung der Gesellschaft eintreten müßte [18]).

Dieses starke dem Nachlaßgläubiger gegebene Recht liegt insbesondere dann nicht im Interesse der Gesellschafter, wenn diese in der hier zugrunde gelegten Klausel zu erkennen gegeben haben, daß sie die Gesellschaft nach dem Tode des Gesellschafters mit dessen Erben fortzusetzen gedenken. Die Gesellschafter können die Kündigung von Seiten des Nachlaßgläubigers abwenden, indem sie oder die Erben von dem Rechte des § 268 BGB Gebrauch machen und den Nachlaßgläubiger befriedigen. Befriedigen die Gesellschafter den Nachlaßgläubiger, so ist die auf sie gemäß § 268 Abs. 3 BGB durch cessio legis übergegangene Forderung Gesellschaftsforderung. Für die Erben treten somit die Folgen aus § 719 Abs. 2 BGB ein.

Die Gesellschafter können auch das Fortbestehen der Gesellschaft, ohne daß die Erben Gesellschafter bleiben, erreichen. Sie können eine Bestimmung treffen, nach der im Falle einer solchen Kündigung gemäß § 725 BGB die Gesellschaft unter den anderen Gesellschaftern weiterbestehen soll [19]).

Wir sind im Vorstehenden von einer Satzungsbestimmung ausgegangen, die den Übergang der Teilhaberschaft auf die Erben eines Gesellschafters vorsieht. In dieser Klausel haben wir gleichzeitig den vertraglichen Ausschluß der für den Fall der Übertragung nicht passenden Bestimmungen der §§ 738—740 BGB erblickt. Unter der Voraussetzung, daß die Gesellschafter gemäß § 736 BGB den Fortbestand der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Gesellschafters ver-

18) Geiler in Staud. § 736 II.

19) Über die interessejuristisch klare und einwandfreie Begründung hierzu vgl. Geiler in Staud. § 725 V b bb, der sich Verfasser voll anschließt. Vgl. auch § 141 Abs. 1 HGE.

einbart haben, sind sie dem Gläubiger mit § 725 BGB gegebenen Rechte in ihrer praktischen Brauchbarkeit erheblich beeinträchtigt. Denn es entsteht nach der Kündigung durch den Gläubiger infolge des Ausschlusses der §§ 738 ff. BGB kein Anspruch auf Auseinandersetzung und auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen, der bei einer solchen Auseinandersetzung den Erben des verstorbenen Gesellschafters zukommen würde. Einen unmittelbaren Vorteil hat der Gläubiger also durch Pfändung des Anteils des verstorbenen Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen und durch die nachfolgende Kündigung der Gesellschaft nicht. Er kann nur durch die Kündigung der Gesellschaft den Untergang der Teilhaberschaft in der Person der Erben gemäß § 736 BGB erzwingen. Damit ist es in seine Hände gegeben, die auf Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben gerichteten Interessen der Gesellschafter undurchführbar zu machen. Diese dem Nachlaßgläubiger zustehende Machtbefugnis wird die Gesellschafter, je nachdem wie stark ihr Interesse an der Fortsetzung mit dem oder den Erben ist, evtl. veranlassen, den Gläubiger gemäß § 268 BGB zu befriedigen.

Bei dem nichtrechtsfähigen Verein ergibt sich eine Besonderheit. Ebenso wie bei der Gesellschaft würde die Kündigung eines Gläubigers die Auflösung des Vereins herbeiführen, wenn nicht eine Vereinbarung bestehen würde, nach der in einem solchen Falle der Verein unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen soll. Eine derartige Vereinbarung ist bei dem nichtrechtsfähigen Verein in jedem Falle, auch wenn keine entsprechende Satzungsbestimmung vorhanden ist, anzunehmen. Sie ist schon in den Gründererklärungen enthalten. Diese Auslegung der Gründererklärungen findet ihre Rechtfertigung durch die für den nichtrechtsfähigen Verein — wie auch für den rechtsfähigen Verein — bestehende Notwendigkeit der Unabhängigkeit des körperschaftlichen Bestandes vom Mitgliederwechsel. Hierüber sind oben (S. 35) bereits eingehende Ausführungen gemacht worden.

c) Nach der Satzung können die Erben die Teilhaberschaft erwerben, brauchen es aber nicht.

Für den Fall, daß die Abrede im Gesellschaftsvertrage dahin lautet, daß die Erben nach ihrem freien Belieben das Recht haben sollen, die Teilhaberschaft zu erwerben oder die Teilhaberschaft erwerben sollen, aber das Recht haben, den Erwerb der Teilhaberschaft binnen einer Frist abzulehnen, nimmt Geiler Singularsukzession an[20]). Es ist nicht einzusehen, weshalb wir in die Rechtswissenschaft für diesen Einzelfall das Prinzip der Erbfolge in einzelne Vermögensgegenstände einführen sollen. Von einer Anwendung dieses unserem Rechtssysteme fremden Rechtsgebildes kann abgesehen werden. Vielmehr ist dieser Fall dem gleichzustellen, daß im Gesell-

20) Staud. § 727, III, 2.

schaftsvertrage bestimmt ist, die Teilhaberschaft solle beim Tode eines Gesellschafters auf einen seiner Erben oder auf einen Dritten übergehen.

d) Nach der Satzung soll die Teilhaberschaft beim Tode eines Gesellschafters auf einen seiner Erben oder auf einen Dritten übergehen.

Diese Klausel ist als Vertrag zwischen dem Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern anzusehen des Inhalts, daß die Erben des Gesellschafters oder der von ihm benannte Erbe oder Dritte nach seinem Tode das Recht haben soll, an Stelle des Verstorbenen die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern fortzusetzen. Es ist ein echter Vertrag zugunsten Dritter[21]). Dabei muß erwähnt werden, daß das Recht, das der Dritte oder der Erbe erwerben soll, nicht in unmittelbar mitgliedschaftlichen Berechtigungen — diesen würden ja auch entsprechende Verpflichtungen gegenüberstehen — besteht, sondern den unten näher bezeichneten Inhalt hat. Versprechensempfänger ist der Gesellschafter, die Versprechenden die übrigen Gesellschafter. Inhalt ihres Versprechens ist die Verpflichtung, nach dem Tode des Gesellschafters die benannten Personen in die Gesellschaft aufzunehmen. Man kann nun so konstruieren, daß in diesem Versprechen der übrigen Gesellschafter bereits die Offerte zu einem Aufnahmevertrage enthalten ist. Die Offerte ruht latent bis zum Tode des Gesellschafters, um dann voll für die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten rechtswirksam zu sein. Sie ist in dem bisherigen Gesellschaftsvertrage enthalten[22]) und die Beitrittserklärung des Dritten ist deren Annahme. Die Auffassung von einer ruhenden Offerte mutet freilich eigenartig an. Näherliegend wäre folgende Konstruktion: Die übrigen Gesellschafter haben in dem Vertrage die Verpflichtung übernommen, den oder dem Dritten nach dem Tode des Gesellschafters eine Offerte zum Abschlusse eines Aufnahmevertrages zu machen. Vertragsinhalt ist: Der Dritte soll Teilhaber werden zu denselben Bedingungen wie sein verstorbener Vorgänger. Sonderrechte, die in der Person des alten Gesellschafters gelegen haben, erlöschen mit dessen Ausscheiden. Es handelt sich um einen einen Vertrag zugunsten Dritter, bei dem Vertragsverpflichtung der Abschluß eines Vertrages ist. Der Dritte hat ein Recht auf Vertragschließung erworben. Damit vertreten wir hier für einen bestimmten Fall eine Konstruktion, wie sie Zitelmann[23]) generell sowohl für eine Übertragung unter Lebenden wie von Todes wegen vorschlägt. Aber auch noch aus anderen rechtspolitischen Erwägungen ist dieser Kon-

---

21) Geiler in Staud. § 727 III 3.

22) Diese Konstruktion vertritt Geiler (Staud. § 727 BGB a.a.O.). Es dürfte sich dort um einen Druckfehler handeln; nicht: „Der bisherige — sc. Gesellschaftsvertrag — erhält die Offerte der Überlebenden, sondern enthält", andernfalls der Satz sinnlos wäre.

23) a.a.O. S. 190.

struktion beizutreten. Es würde einen Angriff auf die erbrechtlich geschützten Interessen der Miterben bedeuten, wollte man für den Fall, daß nur einer der Erben die Gesellschaft mit den anderen Gesellschaftern fortsetzen soll, die Erhaltung der Teilhaberschaft und deren Übertragung auf den Dritten annehmen. Wie bereits oben ausgeführt, wird die Teilhaberschaft als Gesamtrechtsposition dann erhalten, wenn die „Fortsetzungsklausel" den vertraglichen Ausschluß der §§ 738 ff. BGB enthält. Bei Erhaltung der Teilhaberschaft kommt somit die Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben des § 738 BGB nicht zur Entstehung. Die hier vorhandenen Interessen der Miterben lassen eine Auslegung der Klausel dahingehend, daß die Bestimmungen der §§ 738 ff. BGB bei dem Tode des Gesellschafters nicht eintreten sollen, nicht zu. Die Rechte aus den §§ 738 ff. BGB sind vielmehr mit dem Todesfalle des Gesellschafters Bestandteil der Erbschaft geworden. Die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens erfolgt an die Erben. Der Dritte ist verpflichtet, diesen Betrag in die Gesellschaft einzubringen. Ist der Dritte Erbe, so ist natürlich das auszuzahlende Auseinandersetzungsguthaben und die entsprechende von ihm einzubringende Summe um die auf ihn selbst entfallende Quote geringer. Wenn die Gesellschaft mit allen Erben fortgesetzt werden soll, verteilt sich das Auseinandersetzungsguthaben anteilsmäßig auf die Erben. Es könnte fraglich sein, ob nicht der so gewonnene Anteil am Gesellschaftsvermögen des einzelnen Erben genau so hoch sein soll wie der Anteil des verstorbenen Gesellschafters. Jedoch ist kein Grund einzusehen, weshalb die gesamthänderische Mitberechtigung der Erben in derselben Höhe bestehen soll wie die ihres Vorgängers. Sie sind zu irgendeiner weiteren Einlage nicht verpflichtet. Das Gegenteil kann in der Klausel vereinbart werden.

Sollen alle Erben Gesellschafter werden, so müssen auch alle die Vertragsofferte annehmen. Im Zweifel ist die Klausel als für den Fall nicht gewollt anzusehen, daß einer oder mehrere der Erben die Vertragsofferte ablehnen. Die Anwendung des Mehrheitsprinzips dergestalt, daß die Erben durch gemeinsame Willenserklärung die Vertragsofferte annehmen oder ablehnen, auf die Erbengemeinschaft ist nicht möglich. Die Erbengemeinschaft ist keine auf Grund gemeinsamer Interessen durch freiwilligen Vertragschluß entstandene Gemeinschaft, sondern eine communio incidens. Deshalb verbietet sich die Anwendung des Mehrheitsprinzipes auf Entscheidungen, die außerhalb des Bereiches eines gemeinsamen Interesses liegen, und die je nach dem individuellen Interesse verschiedenartig ausfallen können. Ein widerstrebender Erbe kann also nicht durch Mehrheitsbeschluß zum Erwerbe der Teilhaberschaft gezwungen werden.

e) Erwerb der Mitgliedschaft durch letztwillige Verfügung.

Letztwillig verfügen kann der Erblasser nur über sein Vermögen. Die Mitgliedschaft gehört zu seinem Vermögen. Er kann

aber nur dann über sie verfügen, sie übertragen, wenn es ihm von den übrigen Gesellschaftern gestattet ist, sei es nun an einen bestimmten Personenkreis oder allgemein. Diese Gestattung ist auch Voraussetzung für die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung, mit der der Gesellschafter jemandem seine Mitgliedschaft überträgt. Unverständlich ist es, warum Geiler[24]) hier wiederum den Begriff der Singularsukzession einführen zu müssen glaubt. Es besteht keine Notwendigkeit zur Heranziehung eines unserem Gesetze unbekannten Rechtsinstitutes. Sollen etwa auch für die Singularsukzession die Ausschlagungsregeln der §§ 1942 ff. BGB Geltung haben, die doch nur für den Erben geschaffen sind, der sein Erbrecht auf einem dem BGB bekannten Wege erworben hat? Es handelt sich hier um eine gewöhnliche letztwillige Verfügung. Sie ist als die Verfügung eines Nichtberechtigten anzusehen, wenn eine Übertragbarkeitsklausel im Gesellschaftsvertrage nicht vorhanden ist.

Wenn wir in diesem Kapitel, das den Erwerb der Mitgliedschaft durch Erbgang behandelt, lediglich das Gesellschaftsrecht zur Grundlage der Untersuchung gemacht haben, so deshalb, weil für den nichtrechtsfähigen Verein eine abweichende rechtliche Beurteilung nicht am Platze ist. Nur insoweit vereinfacht sich die nach dem Gesellschaftsrecht entwickelte Rechtslage für den nicht rechtsfähigen Verein, als hier der vertragliche Ausschluß der aus den §§ 738 ff. BGB folgenden Ansprüche unberücksichtigt bleiben kann. Wie bereits oben ausgeführt, sind diese Auseinandersetzungsansprüche bereits mit der Existenz eines nichtrechtsfähigen Vereins als ausgeschlossen anzusehen, da an ihrer Entstehung keiner der Beteiligten ein Interesse hat. Diese Rechtsbetrachtung ist ausnahmsweise nicht angängig bei dem oben unter 2. d) (S. 43 f.) behandelten Falle. Dort ist der nichtrechtsfähige Verein von vornherein nur nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen.

Für den rechtsfähigen Verein ist die Rechtslage recht einfach. Eine Übertragung unter Lebenden durch einfache Einigung ist dann möglich, wenn gemäß den §§ 38, 40 BGB eine entsprechende Bestimmung in der Satzung getroffen ist. Diese Voraussetzung ist ebenfalls für alle Übertragungen von Todes wegen erforderlich. Ist sie gegeben, so ist die Mitgliedschaft bei gesetzlicher Erbfolge und bei einer testamentarischen Bestimmung des Inhalts, daß alle Erben die Mitgliedschaft erwerben sollen, einfach Bestandteil des Nachlasses. In den anderen Fällen ist ein Vertrag zugunsten Dritter gegeben.

D. DIE ANFECHTUNG DER BEITRITTSERKLÄRUNG.

Der Streit zwischen Gesamtakts- und Vertragstheorie hat seinen Brennpunkt in der Frage der Anfechtbarkeit der zur Entstehung der Mitgliedschaft führenden Willenserklärungen gefunden. In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsgericht die Beitrittserklärung zu einer

24) Staud. § 727 III 4.

Aktiengesellschaft durch Aktienzeichnung, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer eingetragenen Genossenschaft der Anfechtung wegen Irrtums und Betruges entzogen [1]). Die Anhänger der Gesamtaktstheorie haben sich diese „Verselbständigungserscheinungen" der Beitrittserklärungen nicht anders als dogmatisch erklären können. Gerade in der Nichtanfechtbarkeit dieser Beitrittserklärungen sehen sie einen Beweis für die Richtigkeit der Gesamtaktstheorie. Die von den Einzelpersonen abgegebenen Willenserklärungen würden sich nach ihrer Abgabe zu einer neuen rechtlichen Selbständigkeit zusammenschließen; sie würden sich von ihren ursprünglichen Willensträgern loslösen [2]), in die Öffentlichkeit treten, sozialrechtliche Wirkungen auslösen und somit auch nicht mehr der Anfechtbarkeit wegen irgendwelcher bei diesen vorliegenden Willensmängel ausgesetzt sein. Gerade hier, wo die Gesamtaktstheorie glaubt, einen ihrer stärksten Trümpfe auszuspielen, liegt eine ihrer größten Schwächen. Die Folge dieser dogmatischen Erklärung der Nichtanfechtbarkeit ist, daß für die Beteiligungserklärungen zu allen Körperschaften, gleichgültig welcher Struktur diese auch immer sein mögen, dasselbe gelten muß. Es müssen also alle derartigen Erklärungen ohne Unterschied, welcher Körperschaft gegenüber sie abgegeben werden, unanfechtbar sein [3]). Diese dogmatische Lösung der erwähnten Verselbständigungserscheinungen steht in Widerspruch mit ihrer rechtlichen Entstehungsgeschichte. Das ROHG und das Reichsgericht haben den erwähnten Weg beschritten, weil sie das Interesse der Gläubiger der genannten Kapitalgesellschaften an der Erhaltung des Grundkapitals für schutzwürdiger erachteten als das Interesse des einzelnen Aktionärs, seine Mitgliedschaft zu lösen. Die Rechtsprechung zu dieser Frage hat eine ständige Entwicklung durchgemacht. Zunächst bejahte man die Unanfechtbarkeit von Beitrittserklärungen zu Aktiengesellschaften, dann für Gesellschaften mit beschränkter Haftung und später auch für eingetragene Genossenschaften. Schließlich ist die Rechtsprechung noch einen Schritt weiter gegangen und hat das Prinzip der Unanfechtbarkeit auch für manche Personalgesellschaft ausgesprochen [4]). Die mit dieser stufenweisen Weiterentwicklung verbundene Würdigung der individuell bei jeder Körperschaft verschiedenen Interessenlage durch die Rechtsprechung läßt sich mit der Gesamtaktstheorie nicht erklären. Denn nach ihr, die alle eine Körperschaft gestaltenden oder verändernden Willenserklärungen dogmatisch einheitlich erklärt und rechtlich ohne Unterschied behandelt, hätte die Rechtsprechung schon von vornherein einheitlich sein müssen und diese bestimmten Willenserklärungen

1) Hierüber eingehend Müller-Erzbach in Jhr. Jahrb., Bd. 83, S. 259 ff.
2) Ruth in JW 1934, S. 2108. Vgl. auch Feine in Ehrenb. Handbuch des Handelsr., Bd. I III, S. 177.
3) So denn auch Ruth in JW 1934 a.a.O. und Feine a.a.O.
4) So z. B. RGZ 142, S. 98 ff. für die offene Handelsgesellschaft mit Verweisung auf ältere einschlägige Entscheidungen, und in Warn. E. 1932, S. 237 sogar für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts.

für alle Körperschaften für unanfechtbar erklären müssen. Somit würde nach der Gesamtaktstheorie die Beitrittserklärung zu einem nichtrechtsfähigen Verein rechtlich recht einfach zu beurteilen sein. Da der nichtrechtsfähige Verein eine Körperschaft ist — das dürfte heute wohl unbestritten sein — sind auch derartige die Mitgliedschaft an ihm betreffende Willenserklärungen der Anfechtung entzogen.

Wenn wir nun im folgenden versuchen werden, speziell für den nichtrechtsfähigen Verein eine Lösung aus der Interessenlage zu finden, so muß noch auf ein Moment aufmerksam gemacht werden, das in diesem Zusammenhange von großer Bedeutung ist[5]). Eine Rechtsprechung, die das Interesse eines Mitgliedes einer der genannten Gesellschaften an der Lösung seiner Mitgliedschaft zugunsten des Schutzes der Gläubigerinteressen zurücktreten läßt, muß ihre Grundlage im Gesetz finden. Das Gesetz hat nun einmal das Interesse einer einzelnen Person an der Vernichtbarkeit einer von ihr abgegebenen Willenserklärung geschützt. Wenn man die Geltendmachung dieses Interesses zugunsten stärkerer Interessen Dritter ausschließen will, so kann das nur dann gerechtfertigt sein, wenn das Gesetz der Absicht Ausdruck gegeben hat, sich gerade dieser Interessen Dritter, Gläubiger in besonderem Maße anzunehmen. Nur eine im Einzelfalle jeweils vorgenommene Untersuchung über Art und Umfang der durch das Gesetz geschützten Interessen läßt uns jene Rechtsprechung richtig verstehen und zeigt uns, daß sie lediglich die Frucht einer das Gesetz erfassenden und damit einer wahrhaft schöpferischen Rechtsfindung ist. Als Beispiel eines solchen gesetzlichen Schutzes der Gläubigerinteressen mag für das Recht der Aktiengesellschaft die Bestimmung des § 56 Abs. 1 Akt.Ges. genannt werden. Danach haften die Aktionäre den Gläubigern der Aktiengesellschaft direkt, wenn an sie Zahlungen geleistet sind, die den Haftungsstock der Gesellschaft angreifen. Oder das Verbot der Rückzahlung von Einlagen des § 52 Akt.Ges. und das Zinszahlungsverbot des § 54 Akt.Ges. Ferner die in § 60 Akt.Ges. ausgesprochene Untersagung der Befreiung von Leistungen und der Aufrechnung, die Bilanzierungsvorschriften für das Grundkapital der §§ 131 Abs. 1 B I und 133 Ziffer 7 Akt.Ges., die Schutzvorschriften für die Gläubiger im Falle der Liquidation, die §§ 212 Abs. 1 und 213 Akt.Ges. und noch einige Vorschriften mehr, die sich speziell des Schutzes der Gläubigerinteressen annehmen.

Für die Anfechtung der Beitrittserklärung zu einem nichtrechtsfähigen Verein gelten die gleichen Gesichtspunkte. Auch hier kann der Ausschluß der Anfechtung nur dann statthaft sein, wenn sich die für den nichtrechtsfähigen Verein maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen der Interessen der Vereinsgläubiger in besonderem Maße annehmen. Dabei wird das Bedürfnis nach dem Ausschluß der Anfechtung bei wirtschaftlichen Vereinen in der Regel stärker sein als

5) Darauf macht Müller-Erzbach in seiner erwähnten Abhandlung in Jhr. Jahrb. Bd. 83 nachdrücklich aufmerksam.

bei Idealvereinen. Überhaupt nicht vorhanden ist es bei Idealvereinen, die wirtschaftlich mit der Außenwelt nicht in Verbindung treten und keinen Geschäftsbetrieb, also auch keine Gläubiger, haben. Es besteht dagegen bei wirtschaftlichen Vereinen, z. B. Kartellen, in demselben Umfange wie auch bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Doch kommt es hierauf nicht an, allein entscheidend ist die gesetzliche Interessenwertung. Da das Recht der Gesellschaft und der in dieser Beziehung benso wenig unterscheidende § 54 BGB zur Anwendung kommen, ist es gleichgültig, ob es sich um einen idealen oder um einen wirtschaftlichen Verein handelt. Der Beitritt zu einem nichtrechtsfähigen Verein wird nur dann nicht angefochten werden können, wenn die einschlägigen Bestimmungen klar zu erkennen geben, daß sich das Gesetz die Interessen der Gläubiger in besonderem Maße angelegen sein läßt. Bei der Betrachtung der für den nichtrechtsfähigen Verein maßgebenden Rechtsnormen läßt sich ein derartiger Wille des Gesetzgebers nicht feststellen. Nicht einmal die im Falle der Liquidation des rechtsfähigen Vereins geltenden Schutzvorschriften für die Gläubiger, das Erfordernis des Gläubigeraufgebotes des § 50 BGB und das Sperrjahr des § 51 BGB finden nach den Bestimmungen der Gesellschaft des BGB auf den nichtrechtsfähigen Verein Anwendung. Auch sonst enthält das Gesellschaftsrecht des BGB keine Bestimmungen, die sich der Gläubigerinteressen unmittelbar annehmen. Die Sondervorschrift des § 54 Satz 2 BGB, wonach der im Namen des Vereins Handelnde persönlich haftet, könnte zu der Ansicht verleiten, daß auf Grund dieses besonderen Schutzes der Gläubigerinteressen genügend Anlaß gegeben sei, sich für die Nichtanfechtbarkeit von Beitrittserklärungen auszusprechen. In Wirklichkeit ist jedoch die gegenteilige Auslegung am Platze. Das Gesetz sieht sich genötigt, sich wenigstens in etwa der Interessen der Gläubiger eines nichtrechtsfähigen Vereins anzunehmen, gerade weil es sonst keinerlei Schutzvorschriften etwa in Richtung der Erhaltung des Mitgliederbestandes oder eines Haftungsstockes kennt. Deshalb läßt es den Handelnden haften. Es greift sich sozusagen eine oder mehrere Einzelpersonen heraus. Für den durch § 54 Satz 2 BGB getroffenen Gläubigerschutz ist es gleichgültig, welche Stellung man zu der hier aufgeworfenen Frage einnehmen will, ob man die Anfechtbarkeit der Beitrittserklärung bejahen oder verneinen will, denn das Bestehenbleiben oder die Auflösung einer Mitgliedschaft ist angesichts der besonderen Haftung einer oder mehrerer Einzelpersonen belanglos. Es ergibt sich also, daß die Bestimmung des § 54 Satz 2 BGB zur Vertretung der Nichtanfechtbarkeit nicht ins Feld geführt werden kann. Damit ist aber für die entscheidende Frage, wie man allgemein nach dem Gesetz die rechtlichen Beziehungen der Mitgliedschaft an einem nichtrechtsfähigen Verein zu den Gläubigerinteressen zu bewerten hat, noch nichts gewonnen. Bestimmungen, die zum Schutze der Gläubigerinteressen getroffen sind und sich auf die Mitgliedschaft am nichtrechtsfähigen Verein ganz allgemein auswirken, wie

es z. B. bei den oben angeführten Bestimmungen des Aktienrechts der Fall ist, kennt das Gesetz bei dem nichtrechtsfähigen Verein nicht. Hiernach rechtfertigt sich trotz des Vorliegens eines dahingehenden rechtspolitischen Bedürfnisses die Nichtanfechtsbarkeit der Beitrittserklärung zu einem nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein nicht. Es bleibt bei den allgemeinen Regeln.

Es erhebt sich noch die Frage, in welcher Form die Anfechtung durchzuführen ist. Soll sie selbständig oder nur im Rahmen der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Austrittsregeln geltend gemacht werden können? Evtl. als wichtiger Grund ohne Einhaltung einer Frist? Die Entscheidung über diese Frage muß Sonderabhandlungen über Austritt und Ausschluß aus dem nichtrechtsfähigen Verein — wie sie in letzter Zeit zahlreich für das Vereinsrecht erschienen sind — vorbehalten bleiben. Sie würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen.

Daß es sich bei dem auf Schaffung eines nichtrechtsfähigen Vereins gerichteten Gründungsvertrag um Willenserklärungen mehrerer Personen handelt, ergibt für die Anfechtung einer solchen Willenserklärung keine Besonderheiten. Insbesondere greift die von Philipp Heck angestellte Untersuchung[6]) über „Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches" hier nicht ein. Heck behandelt die Frage, ob Willenserklärungen, die innerhalb des mitgliedschaftlichen Interessenbereiches in Bezug auf die Tätigkeit der Gesellschaft abgegeben sind, auch der Anfechtung unterworfen sind. Dies kann nach seiner Ansicht deshalb zweifelhaft sein, weil derartige Willenserklärungen im Gegensatz zu denen des „freien Individualverkehrs" von einer „Grundrelation", d. h. von dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages abhängig sind. Er nennt sie „unselbständige Rechtsgeschäfte" oder man könnte vielleicht ebenso gut sagen „abhängige Rechtsgeschäfte", weil sie eben durch den Gesellschaftsvertrag bzw. durch die Satzung gebunden sind. Der Gründungsvertrag besitzt aber diese Abhängigkeit noch nicht, denn durch ihn wird die die Abhängigkeit begründende Grundrelation, die Satzung, geschaffen. Der Gründungsvertrag kommt durch Willenserklärungen zustande, die noch nicht körperschaftlicher Gebundenheit unterliegen. Die Anhänger der Gesamtaktstheorie könnten wohl eine andere Stellung Heck gegenüber einnehmen. Die Anfechtung der Willenserklärungen der Gründer ist genau so zu behandeln wie der Fall, daß einer oder mehrere Anfechtungsberechtigte mehreren Anfechtungsgegnern gegenüberstehen.

Zu richten ist die Anfechtungserklärung an die anderen Vereinsmitglieder, vertreten durch den Vorstand.

---

6) In Festschrift Otto Gierke, 1911, S. 319 ff.

E. DAS VERHÄLTNIS DER MITGLIEDSCHAFT ZU DEN ÜBERKOMMENEN RECHTSBEGRIFFEN.

So wenig sich die Mitgliedschaft mit den Methoden der Begriffsjurisprudenz erfassen und ihre rechtliche Regelung sich dem Verständnis erschließen läßt, so schwierig, wenn nicht unmöglich ist es, sie in die vorhandene Begriffswelt einzuordnen. Die Protokolle zum BGB gebrauchen das Wort „Rechtsposition“ [1]), andere die Bezeichnung „Rechtsverhältnis“ [2]). Die Verträge, durch die die Mitgliedschaft begründet wird, ziehen ein festes, dauerndes Rechtsverhältnis nach sich. Es ist deshalb in mancher Hinsicht aufschlußreich, wenn man sie unter die „Dauerverhältnisse“ [3]) stellt. Im einzelnen besteht Streit darüber, ob die Mitgliedschaft ein Personenrecht oder ein Vermögensrecht ist [4]). Praktische Bedeutung gewinnt diese Frage bei der Vererbung der Mitgliedschaft und unter Umständen auch im Rahmen des § 23 Ziffer 1 GVG. Personenrechte sind solche Rechte, die gleich den subjektiven Rechten absolut geschützt sind, z. B. die mit der Persönlichkeit untrennbar verbundenen Güter wie Leben, Körper, Gesundheit und körperliche Freiheit [5]). Auch das durch § 12 BGB geschützte Namensrecht gehört hierher. Ein charakteristisches Merkmal eines Personenrechtes ist nach der vorherrschenden Auffassung, daß es absoluten Schutz genießt. Ein weiteres Merkmal ist seine Unübertragbarkeit. Die Mitgliedschaft weist diese typischen Merkmale eines Personenrechtes nicht auf. Sie ist zwar nach § 38 BGB grundsätzlich unübertragbar [6]), doch kann sie nach § 40 BGB für übertragbar erklärt werden, wenn besondere Interessen dies notwendig machen. Mit der Unübertragbarkeit eines Personenrechtes ist diese bei vorhandenem Bedürfnis möglicherweise erfolgende Aufhebung der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft nicht zu vereinen. Die Mitgliedschaft läßt sich auch nicht etwa deshalb unter die Personenrechte einordnen, weil sie angeblich einen absoluten Charakter haben soll [7]). Absolute Rechte sind solche, denen von der Rechtsordnung gegenüber jedermann Schutz gewährt wird. Voraussetzung ist also, daß derartige Rechte auch von jedermann verletzt werden können. Wie soll das aber bei einem Rechtsverhältnis wie der Mitgliedschaft möglich sein? Nach innen ist sie ein Inbegriff von Rechten und Pflichten, dessen Inhalt des Mitglied und den Verein angehen. Auch nur im Innenverhältnis sind diese Rechte und Pflichten von beiden Seiten verletzbar. Die Mitgliedschaft ist von außen garnicht angreifbar, kann mithin auch kein absolutes Recht sein. Wir

1) Protokolle I, S. 534.
2) Ennecc. Bd. I, § 105 III; Heinsheimer a.a.O., S. 18 und viele andere.
3) Vgl. Müller-Erzbach in DJZ 1904, Sp. 1159!
4) Für Personenrecht: Breitbach a.a.O., S. 53 Anm. 65 und die dort Angeführten — Für Vermögensrecht: Heinsheimer a.a.O., S. 16—23.
5) Vgl. Enneccerus Bd. I, § 71, 1, 1!
6) Endemann hält sie deshalb für ein Personenrecht, a.a.O., § 45 I.
7) Gierke, D. Priv. Recht I, S. 534; Staud. § 35 IV; besonders Oertmann a.a.O., § 35, 3, b.

können hiernach feststellen, daß die Mitgliedschaft kein personenrechtliches Verhältnis im überkommenen Sinne ist. Wenn die Mitgliedschaft das eine nicht ist, kann man daraus nicht etwa den Schluß ziehen, daß sie nun das andere sein müßte, nämlich ein vermögensrechtliches Rechtsverhältnis. Heinsheimer[8]) ist der Ansicht, der Charakter der Mitgliedschaft werde durch das korporative Rechtssubjekt bestimmt, an dem sie besteht. Da die Vereine unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten geregelt seien, müsse auch die Mitgliedschaft ein vermögensrechtliches Rechtsverhältnis sein. Es trifft zu, daß ein Teil der für den nichtrechtsfähigen Verein geltenden Bestimmungen vermögensrechtlichen Inhalt hat, z. B. zum Teil § 54 Satz 1 BGB, ferner § 54 Satz 2 BGB, § 50 Abs. 2 ZPO, § 213 KO usw. Darüber hinaus gibt es aber auch zahlreiche Vorschriften, die einen solchen vermögensrechtlichen Gehalt nicht besitzen, insbesondere sind das diejenigen, die sich auf das innere Vereinsleben beziehen, z. B. zum Teil § 54 Satz 1 BGB, §§ 709, 710 BGB. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt, aus den für den nichtrechtsfähigen Verein maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen auf den vermögensrechtlichen Charakter der an ihm bestehenden Mitgliedschaft zu schließen. Die Mitgliedschaft läßt sich nicht allgemein als personenrechtliches oder vermögensrechtliches Rechtsverhältnis charakterisieren. Es kommt darauf an, was die einzelne gesetzliche Vorschrift, z. B. § 23 GVG, jeweils unter „vermögensrechtlich" etc. versteht. Auch wird bei dem einen Verein das personenrechtliche, bei dem anderen das vermögensrechtliche Moment überwiegen. Ob dieses oder jenes der Fall ist, hängt von dem Zweck des Vereins ab. Als groben Maßstab wird man gelten lassen können, daß bei Idealvereinen die Mitgliedschaft überwiegend personenrechtlichen, bei den wirtschaftlichen Vereinen überwiegend vermögensrechtlichen Charakter haben wird.

F. DIE MITGLIEDSCHAFT AN DEM NICHTRECHTSFÄHIGEN VEREIN IN IHRER RECHTLICHEN ENTWICKLUNG.

Wenn wir oben gesagt haben, daß der nichtrechtsfähige Verein genau so Verein wie der rechtsfähige und nicht etwa Gesellschaft oder etwas zwischen beiden Stehendes ist, so haben wir das Ergebnis einer Rechtsentwicklung angedeutet, die heute ungefähr als abgeschlossen gelten kann. Bereits unmittelbar nach dem Inkrafttreten des BGB nahmen die nichtrechtsfähigen Vereine durch entsprechende Ausgestaltung ihrer Satzungen nahezu die Stellung des rechtsfähigen Vereins ein, deren Anerkennung sie sich nach und nach errungen haben. Die Macht des Lebens und die tatsächlichen Interessen haben über eine vergewaltigende, von polizeilichen Motiven getragene Ge-

8) a.a.O., S. 16.

setzgebung triumphiert. Die Entstehungsgeschichte der für den nichtrechtsfähigen Verein maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen ist ein Schulbeispiel dafür, wie neben der schaffenden Kraft des Bedürfnisses die Rechtsbildung durch eine andere Komponente, durch Machteinflüsse, beeinflußt wird[1]). Wie im einzelnen diese Rechtsentwicklung verlaufen ist und wie die Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins sich gewandelt hat, haben Stoll[2]) und Breitbach[3]) eingehend dargelegt. Das soll hier nicht zum Gegenstand erneuter Erörterungen gemacht werden. Es sei jedoch auf die gesetzgeberischen Motive hingewiesen, die zur Schaffung des nichtrechtsfähigen Vereins und seiner gesetzlichen Schlechterstellung gegenüber dem rechtsfähigen Verein, die vor allem in der Versagung der aktiven Parteifähigkeit besteht, geführt haben. Sowohl in den Verhandlungen der 1. wie der 2. Kommission war man sich durchaus darüber im klaren, daß die Gesellschaftsregeln auf den nichtrechtsfähigen Verein in keiner Weise paßten[4]). Trotzdem und gerade deswegen hielten die gesetzgeberischen Faktoren an der gesetzlichen Regelung, so wie sie heute ist, bewußt fest. Man fürchtete, daß die nichtrechtsfähigen Vereine, wenn sie ohne weiteres Rechtsfähigkeit erlangten und damit vermögensfähig wurden eine für den Staat unangenehme Macht entfalten könnten[5]). Die Protokolle[6]) führen wirtschaftliche und politische Bedenken an, die man gegen eine rechtliche Gestaltung hatte, nach der jeder erlaubte Verein mit korporativer Verfassung auch juristische Persönlichkeit haben sollte. „Es sollte den Vereinen ohne Rechtsfähigkeit so schwer wie möglich gemacht werden, eine starke Stellung sich zu erringen, insbesondere Vermögen zu erwerben"[7]). In der Folgezeit nun setzten die nichtrechtsfähigen Vereine ihre Lebensrechte immer mehr durch, indem sie einfach durch ihre Anzahl und ihre Bedeutung die Gerichte und die Rechtsprechung zwangen, sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Heute haben die nichtrechtsfähigen Vereine nahezu die Stellung von rechtsfähigen erreicht. In materieller Hinsicht will Breitbach[8]) den nichtrechtsfähigen Verein mit der Körperschaft gleichbehandeln und den Unterschied zu dem rechtsfähigen Verein auf die formellrechtliche Seite beschränken oder, wie er sagt, auf ein „formelles Ordnungsprinzip" zurückführen. Generell sei hier nur soviel gesagt, daß dort, wo wir einen positiven Gesetzesbefehl haben, wie etwa in der Vorschrift des § 54 Satz 2 BGB, Abänderungen nicht zulässig sind, die eine Angleichung an den Rechtszustand des rechtsfähigen Vereins beabsichtigen. Überall dort, wo nicht — wie in der angezogenen Vorschrift — der Gesetzgeber der freien Interessenverfolgung seitens der Mitglieder durch

1) Müller-Erzbach, „Wohin führt . . .?", S. 14.
2) a.a.O., S. 49 ff.
3) a.a.O.
4) Mugdan, Gesamte Materialien, Bd. I, S. 640 ff.
5) Motive I, S. 80/90.
6) Protokolle II, S. 457.
7) Stoll a.a.O., S. 52.
8) a.a.O., S. 128/131.

einen besonders ausgeprägten Schutz der Interessen der Vereinsgläubiger einen Riegel vorgeschoben hat, ist dagegen der nichtrechtsfähige Verein dem rechtsfähigen Verein gleichzustellen.

Mehr denn je greifen heute die Interessen des Staates in alle Lebensbereiche ein. Auf allen Gebieten meldet der nationalsozialistische Staat seine Totalitätsansprüche an. Soll man sich deshalb etwa von neuem die Absichten des Gesetzgebers von einst zu eigen machen, die gesetzliche Regelung des BGB mit Gewalt aufrechterhalten und die Entwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiet fortan unberücksichtigt lassen? Einer der Hauptgründe für die Regelung des BGB war, daß wir s. Zt. ein einheitliches öffentliches Vereinsrecht nicht besaßen [9]). Diesen Grund beseitigte das Inkrafttreten des Reichsvereinsgesetzes vom 19. April 1908. Noch viel weniger können heute öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte maßgebend sein. Denn heute sind die Bestimmungen des öffentlichen Rechts in Richtung auf einen erhöhten Schutz der staatlichen Interessen — es sei nur das Gesetz gegen die Neubildung von Parteien vom 14. Juli 1933 erwähnt — weitgehend ausgebaut. Es darf fernerhin nicht übersehen werden, daß die praktische Bedeutung der nichtrechtsfähigen Vereine heute beträchtlich zurückgegangen ist. Alle Vereinigungen, deren Interessenverfolgung den Bereich des Politischen berührt, hat der nationalsozialistische Staat aus dem Gebiet des Privatrechts herausgehoben und sie zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder wenigstens zu solchen mit öffentliche-rechtlichem Einschlag gemacht. Eine Neubildung nichtrechtsfähiger Vereine ist nur noch ganz beschränkt möglich. Dies gilt weniger für wirtschaftliche Vereine. Mit Recht spricht Hedemann [10]) von einer „Aushöhlung" des privaten Vereinswesens. Will man aber diese restlichen privatrechtlichen Machtbildungen unter strengerer Kontrolle halten, so muß man der Ansicht Schultze v. Lasaulx's [11]) beitreten, nach der von einer Wiederholung jenes Versuches mit untauglichen Mitteln entschieden abgeraten wird. Die Entwicklung der letzten 30 Jahre zeigt, daß sich das Leben nicht vergewaltigen läßt. Die Interessen des Staates lassen sich heute voll und ganz mit den Machtmitteln des öffentlichen Rechts wahrnehmen. Es ist nicht notwendig, öffentliche Interessen im Wege einer Verkrüppelung privatrechtlicher Rechtsbildung durchzusetzen. Auch heute ist also gegen eine rechtliche Gleichstellung des nichtrechtsfähigen Vereins mit dem rechtsfähigen Verein innerhalb der gesetzlichen Schranken nichts einzuwenden.

---

9) Stoll a.a.O., S. 52.

10) Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, Juni-Heft 1935. — Neuerdings wird für den nat.soz. Staat die Rechtseinrichtung des nichtrechtsfähigen Vereins überhaupt abgelehnt (?), so Doesseler Diss. Frankfurt 1935, S. 49.

11) a.a.O., S. 7.